LOUIS JOSSERAND

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION



COURS DE DROIT CIVIL POSITIF FRANÇAIS

CONFORME AUX PROGRAMMES OFFICIELS DES FACULTÉS DE DROIT
MIS AU COURANT DES LOIS, DES DÉCRETS-LOIS, DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE

Ouvrage couronné par l'Institut (Prix Chevallier, 1931)

I

THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT ET DES DROITS
LES PERSONNES - LA FAMILLE
LA PROPRIÉTÉ
ET LES AUTRES DROITS RÉELS PRINCIPAUX

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
SOCIÉTÉ ANONYME
22, rue Soufflot, PARIS (V^e^)

1938

TROISIÈME ÉDITION

Du même auteur

Les successions entre époux, thèse, Lyon, 1892.

De la responsabilité du fait des choses inanimées, Paris, A. Rousseau, 1897 (épuisé).

Traité élémentaire des voies d'exécution (ancien précis de Garsonnet), 7e édition, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1925.

De l'abus des droits, Paris, A. Rousseau, 1905 (épuisé).

Les transports, en service intérieur et en service international, à l'exclusion des transports maritimes, 2e édition, Paris, A. Rousseau, 1926.

Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile, Librairie Dalloz, 1926.

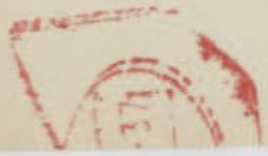
De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, Paris, Librairie Dalloz, 1927 (épuisé).

Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, Librairie Dalloz, 1928.

L'essor moderne du concept contractuel, dans le **Recueil d'études sur les sources du droit,** en l'honneur de François Gény, 1935, t. II, p. 333; Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935.

Les transformations du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code civil français, rapport présenté, en 1934, aux **Journées du Code civil français,** à Montréal (Livre-souvenir des Journées du droit civil français, p. 29), Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.

Evolutions et actualités. Conférences de droit civil, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.



PRÉFACE

L'intitulé de cet ouvrage provoquera sans doute quelque étonnement et quelque curiosité : il répond aux directives suivantes qui en apportent, nous semble-t-il, la justification.

1° *Le droit que nous avons pris pour objet de notre étude est avant tout le droit jurisprudentiel, c'est-à-dire celui qui se réalise : nous avons entendu faire de la science, non du roman. C'est la jurisprudence qui constitue la matière première sur laquelle doivent s'exercer nos recherches; le droit est tel qu'elle le comprend et qu'elle l'aménage, les documents législatifs n'étant que certains des matériaux dont l'assemblage et la mise en œuvre lui sont confiés;*

2° *Aussi avons-nous réduit la dialectique à la portion congrue, la seule qui convienne; nous n'y avons guère eu recours que pour combattre les solutions jurisprudentielles qui, exceptionnellement, nous ont paru contraires aux nécessités sociales, économiques ou morales du moment. Le droit n'est point une abstraction, mais une réalité bien vivante; il importe qu'il soit traité comme tel; il ne vit pas d'argulies, mais de faits et d'idées; il est moins subtil et moins abstrait qu'on ne le pense ordinairement : la langue qui lui sied est la plus sobre, la plus précise, la plus directe;*

3° *Nous avons déblayé le terrain en réduisant au minimum les notions historiques : ces préludes rituels et quasi séculaires dont on a coutume de faire précéder l'exposé de chacune de nos institutions nous ont paru bien factices et conventionnels; n'étant pas historien, nous ne nous sommes pas senti la compétence nécessaire pour les vérifier, et moins encore pour les renouveler. La législation positive actuelle est trop touffue, trop riche de substance, pour qu'on puisse s'accorder le loisir de remonter jusqu'aux origines les plus lointaines et d'empiéter ainsi, non sans imprudence, sur le domaine réservé aux historiens. A chacun sa spécialité. Nous n'avons décrit le passé que dans la mesure où sa connais-*

sance était strictement indispensable à la compréhension du présent;

4° *Nous avons pu ainsi gagner de la place, ce qui nous a permis de mettre en pleine valeur des institutions dont le développement ou l'évolution ne sont pas toujours suffisamment soulignés dans les livres d'enseignement : c'est ainsi que nous présentons une étude, au moins sommaire, de la famille naturelle envisagée dans son ensemble et que nous avons donné à la stipulation pour autrui, à la cause, à l'abus des droits, à la responsabilité, les places qui doivent leur revenir légitimement, c'est-à-dire les toutes premières;*

5° *Nous nous sommes fait une règle de citer beaucoup d'arrêts, surtout les plus récents, et tous vérifiés par nos soins; par là, ce cours pourra rendre service, non seulement aux étudiants de nos Facultés de Droit, mais aussi, nous osons l'espérer, aux praticiens, avocats, notaires, avoués, qui seront assurés de trouver, sur chaque question, le dernier état du droit positif.*

Sans doute, cet ouvrage est de dimensions modestes, mais nous ne pensons pas qu'il soit d'ordre purement scolaire; nos efforts ont tendu à y mettre de la pensée et de l'information juridiques sous une forme aussi ramassée que possible; l'avenir dira si nous avons réussi.

Il ne nous reste plus qu'à nous excuser d'avoir composé un nouveau traité venant s'ajouter à des ouvrages du même genre et qui sont excellents : mais la publication d'un cours n'est-elle pas le plus sûr, le seul moyen efficace d'exposer ses idées et de les défendre?

Louis JOSSERAND.

Lyon, mai 1929.

AVANT-PROPOS
DE LA DEUXIÈME ÉDITION

Cette deuxième édition du Cours de droit civil positif français *suit de bien près la première avec laquelle les élèves de nos Facultés et Ecoles de Droit prirent le contact en novembre 1929; et c'est, pour l'auteur, un bien agréable devoir que de remercier le public de l'accueil réservé à son œuvre, fruit de toute une carrière professorale; elle a pénétré, en France et à l'étranger, plus rapidement et plus complètement qu'il n'avait osé l'espérer, dans les différentes catégories de juristes auxquelles elle s'adressait : étudiants, avocats, avoués, notaires, magistrats, professeurs; il semble donc bien que la formule dont elle s'inspire réponde à une préoccupation universelle : c'est le droit vivant que l'on veut connaître, non un droit mort, ou conventionnel, imaginatif, variant au gré de chacun; c'est à une étude scientifique que l'on veut se livrer, non à un jeu d'esprit, sans portée pratique immédiate.*

Dans cette seconde édition, nous nous sommes efforcé de serrer toujours de plus près la réalité en tenant l'ouvrage constamment sur le chantier, en le maintenant, au jour le jour, en accord avec les incessants mouvements législatifs et jurisprudentiels. C'était là, sans doute, le plus sûr moyen de remercier nos lecteurs de l'intérêt qu'ils ont bien voulu prendre à ce cours écrit, *et tout spécialement ceux d'entre eux, connus ou inconnus, qui, en nous signalant les imperfections de la première édition, nous ont permis de procéder à une révision effective et salutaire.*

Lyon, octobre 1931.

Louis JOSSERAND.

AVANT-PROPOS
DE LA TROISIÈME ÉDITION

Cette nouvelle réédition du Cours de droit civil positif français *était imposée, non seulement par l'épuisement du tirage précédent, mais aussi par les changements, nombreux et substantiels, survenus dans l'intervalle, sur le triple plan de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine.*

Le droit civil, jadis presque fixe et permanent, est devenu, dans une société en pleine transformation, de plus en plus mouvant; nul doute qu'il n'y ait gagné en intérêt, malgré l'imperfection de mesures législatives, ou quasi législatives, préparées — si l'on peut dire — et adoptées avec une hâte excessive; mais, du même coup, il en est devenu plus difficile à suivre dans son évolution accélérée qui impose à l'auteur le devoir de tenir sans cesse le lecteur au courant du dernier état de la règle sociale obligatoire, en remettant, effectivement, son travail sur le chantier.

C'est à cette œuvre de révision que nous avons, dans la présente édition, consacré notre effort et tous nos soins : d'une part, nous avons décrit, aussi exactement que possible, le mouvement législatif français qui s'est poursuivi, au cours de ces dernières années, tant par le jeu normal de nos institutions que par le truchement des nombreux décrets-lois intervenus en 1935; d'autre part, nous avons cru devoir insister parfois sur le mouvement législatif qui s'est affirmé à l'étranger, en complétant les notions, forcément sporadiques et élémentaires, que nous avions précédemment esquissées sur le droit comparé, discipline dont aucun esprit cultivé ne saurait, à l'heure actuelle, se désintéresser et dont la valeur éducative égale celle de l'histoire : à un stade d'évolution rapide et incessante, c'est dans l'espace plutôt que dans le temps que le droit puise ses inspirations et qu'il réalise ses

apports les plus substantiels, en sorte que le juriste se trouve dans la nécessité de regarder autour de lui plutôt que derrière soi.

Enfin, nous avons insisté, plus encore que nous ne l'avions fait antérieurement, sur le rôle capital qui est dévolu à la coutume dans l'élaboration du droit contemporain.

Nous espérons qu'en maintenant ainsi à ce cours son caractère d'actualité et en justifiant, une fois de plus, la rubrique sous le signe de laquelle il fut placé dès l'origine, nous aurons répondu au vœu de nos lecteurs, à la fidélité desquels nous devions ce remercîment et ce renouveau d'information.

Paris, juillet 1937.

Louis JOSSERAND.

Table des divisions de l'ouvrage

Les chiffres renvoient aux pages

INTRODUCTION. — **THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT ET DES DROITS** 1

Titre I. — Idée générale et définition du droit 1

Titre II. — Théorie générale du droit positif 10

Chapitre I. — OBJET ET CLASSIFICATION DU DROIT POSITIF. 10
I. — Droit public. 11
II. — Droit privé. 11

Chapitre II. — SOURCES DU DROIT POSITIF. 15
Section I. — Histoire des sources du droit civil français . . . 20
§ I. — Ancien droit 20
§ II. — Le droit intermédiaire. 25
§ III. — Le droit moderne 29
I. — Des matériaux à l'aide desquels le Code civil fut édifié. 30
II. — Plan et méthode. 31
III. — Esprit et valeur de l'œuvre. 32
IV. — Histoire du Code civil. 34
V. — Les codifications récentes du droit civil à l'étranger. 41
Section II. — Les sources actuelles du droit et spécialement du droit civil français 45
§ I. — La loi écrite. 46
I. — Confection de la loi. 51
II. — Effets de la loi (*principe de la non-rétroactivité des lois*). 56
III. — Interprétation de la loi 63
§ II. — La coutume 76

Titre III. — Théorie générale des droits 84

Chapitre I. — CLASSIFICATION DES DROITS 84
I. — Droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux 84
II. — Droits absolus et droits relatifs (droits réels et droits personnels) 85
III. — Droits purs et simples et droits affectés de modalités. 87

Chapitre II. — SOURCES DES DROITS. — THÉORIE SOMMAIRE DES ACTES JURIDIQUES 92

Section I. — A quelles conditions la volonté produit des effets et devient génératrice d'actes juridiques 94
§ I. — La volonté doit avoir une signification juridique. . . 95
§ II. — La volonté doit être saine 95

§ III. — La volonté doit s'unir à une autre volonté. . . . 98
§ IV. — L'autonomie de la volonté. 99
§ V. — Sanctions des conditions requises. *Théorie des nullités.* 103
Section II. — Effets produits par la volonté juridique valablement affirmée. — *De la représentation.* 114

Chapitre III. — De l'exercice des droits. — Théorie de l'abus des droits. 118

Chapitre IV. — Preuve des droits et des situations juridiques 121
Section I. — A qui incombe le fardeau de la preuve. . . . 121
Section II. — Les modes de preuve. 123

Plan du cours 128

PREMIÈRE PARTIE. — **LES PERSONNES.** 131

Titre I. — Durée de la personnalité 132

Chapitre I. — Point de départ, commencement de la personnalité. 132
Section I. — Personnes humaines 132
Section II. — Personnes morales. 134

Chapitre II. — Fin de la personnalité 137

Chapitre III. — Incertitude et preuve de l'existence des personnes humaines. — Théorie de l'absence 139

Titre II. — Les attributs de la personnalité 137

Chapitre I. — Le nom 149

Chapitre II. — Le domicile 157

§ I. — Intérêts de la détermination du domicile. 158
§ II. — Détermination du domicile. 161
§ III. — Nature et traits distinctifs du domicile. 165
§ IV. — Les domiciles spéciaux 167

Chapitre III. — L'état des personnes. — Les actes de l'état civil. 169
Section I. — Généralités. 171
§ I. — Historique 171
§ II. — Importance des actes de l'état civil. 173
§ III. — Conditions auxquelles doit satisfaire un régime de publicité des actes de l'état civil 173
Section II. — Des personnes qui participent à la confection et à la tenue des registres. 179
Section III. — Tenue des registres 181
§ I. — Règles générales 181
§ II. — Règles spéciales aux actes de naissance. 183
§ III. — Règles spéciales aux actes de décès. 184
§ IV. — Règles spéciales aux actes de mariage. 186
Section IV. — Force probante des registres et des copies des actes de l'état civil. 187
Section V. — Sanctions des prescriptions légales. 189
Rectification des actes de l'état civil. 191

Section VI. — Les systèmes de preuve subsidiaires aux registres de l'état civil 194
§ I. — Système subsidiaire de l'article 46. 195
§ II. — Systèmes de preuves spéciaux aux décès. 197
§ III. — Mesures accidentelles et transitoires. 200

Chapitre IV. — La capacité. — Généralités 201

Premier groupe d'incapables : Incapacités édictées à raison de l'âge. 205
Section I. — Description des incapacités dérivant de l'âge . . 205
§ I. — Incapacité de l'enfant 207
§ II. — Incapacité du mineur doué de discernement, mais non émancipé 208
Principe de l'incapacité. 208
N° 1. — Dérogations spécialisées. 208
N° 2. — Dérogations d'ordre général 210
§ III. — L'émancipation et la capacité du mineur émancipé. 212
N° 1. — Comment se produit l'émancipation. 212
N° 2. — Effets de l'émancipation 214
N° 3. — Révocation de l'émancipation 220
§ IV. — Le mineur commerçant. 221
Section II. — Des organismes protecteurs destinés à remédier aux incapacités dérivant de l'âge. 222

Première division. — Régimes de représentation institués pour les mineurs non émancipés : tutelle et administration légale. . . 224
§ I. — La tutelle 225
N° 1. — Physionomie générale de la tutelle; droit comparé 226
N° 2. — Ouverture de la tutelle. 228
N° 3. — Organisation de la tutelle. 230
I. — Rouages permanents : *tuteur* et *subrogé-tuteur* . . 230
II. — Rouages intermittents : *conseils de famille, juge de paix, tribunal civil* 242
III. — Rouages accidentels ou exceptionnels 248
N° 4. — Fonctionnement de la tutelle. 249
I. — Gouvernement de la personne du mineur. 249
II. — Administration du patrimoine du mineur 251
A. — Pouvoirs du tuteur en tant qu'administrateur du patrimoine du mineur. 252
B. — Obligations et responsabilités du tuteur. . . . 268
N° 5. — Cessation de la tutelle. 275
I. — Comment la tutelle prend fin. 275
II. — Conséquences de la cessation de la tutelle. . . . 276
Appendice. — La tutelle de fait. 280
§ II. — L'administration légale 283
Deuxième division. — Régime de protection institué pour les mineurs émancipés : la curatelle 290
§ I. — Organisation de la curatelle. 290
§ II. — Fonctionnement de la curatelle 292
I. — Le curateur ne représente point le mineur émancipé. 292
II. — L'intervention du curateur n'est pas toujours exigée. 293

Troisième division. — Régimes institués pour les enfants naturels et pour certaines catégories particulières. 299

Deuxième groupe d'incapables : Incapacités édictées en considération de l'état mental. 306
Section I. — Situation de l'aliéné qui n'a été l'objet d'aucune mesure particulière. 308

Section II. — Des mesures qui peuvent être déterminées par l'aliénation mentale. 312
§ I. — L'interdiction judiciaire 312
I. — Comment et à quelles conditions un individu peut être frappé d'interdiction. 313
II. — Situation créée par le jugement d'interdiction; condition juridique de l'interdit. 317
III. — Comment l'interdiction prend fin 323
§ II. — L'internement 323
§ III. — La dation d'un conseil judiciaire 329
I. — Nomination du conseil. 329
II. — Conséquences juridiques de la nomination du conseil judiciaire 321
III. — Main-levée du conseil. 338

TROISIÈME GROUPE D'INCAPABLES : LES PRODIGUES. 339

QUATRIÈME GROUPE D'INCAPABLES : LES FEMMES MARIÉES. 342
Section I. — Incapacité de la femme mariée 347
§ I. — Le droit commun 348
I. — Le principe de l'incapacité 348
II. — Les dérogations : actes auxquels la femme mariée peut procéder sans autorisation. 349
§ II. — Les situations particulières et les diverses modalités dont l'incapacité de la femme mariée est susceptible. . 355
Section II. — Le remède à l'incapacité : l'autorisation du mari ou de justice 358
§ I. — Qui a qualité pour autoriser. 358
§ II. — Comment l'autorisation doit être demandée. . . . 363
§ III. — Comment l'autorisation doit être donnée : formes qu'elle peut revêtir 353
§ IV. — Etendue de l'autorisation. — Règle de la spécialité. 366
§ V. — A quel moment l'autorisation peut intervenir. . . 368
§ VI. — Effets de l'autorisation 368
Section III. — Sanctions des règles légales. 370

Chapitre V. — LE PATRIMOINE 373

Appendice à la première partie : LE CONCEPT DE LA PERSONNALITÉ MORALE 378

DEUXIÈME PARTIE. — **LA FAMILLE** 387

Introduction 387

Titre I. — La famille légitime. 394

Chapitre I. — LE MARIAGE 394
Section I. — Conditions requises pour la validité du mariage; *empêchements au mariage* 399
§ I. — Empêchements absolus. 399
§ II. — Empêchements relatifs. 405
§ III. — Du consentement des parents ou de certaines personnes qualifiées 408
Section II. — Formalités; procédure du mariage 416
§ I. — Les fiançailles 416
§ II. — Formalités et incidents antérieurs à l'union. . . . 418
Notification du projet de mariage 418
Publication 418
Oppositions 420

Production de certaines pièces 428
§ III. — Célébration du mariage. 429
Section III. — Sanctions des formalités prescrites : théorie des *nullités de mariage*. 434
§ I. — Idées générales, empêchements au mariage et nullités. 435
§ II. — Des cas d'inexistence et de nullité. 440
N° 1. — Les mariages inexistants 441
N° 2. — Les mariages atteints de nullité absolue. . . . 444
I. — Les causes de nullité absolue. 445
II. — Règles applicables aux cas de nullité absolue. . . . 447
N° 3. — Les mariages atteints de nullité relative. . . . 456
I. — Cas de nullité relative 456
II. — Règles applicables aux cas de nullité relative. . . . 460
§ III. — Conséquences attachées à l'inexistence ou à la nullité du mariage 465
Effets généraux. 465
I. — Autorité de la chose jugée. 467
II. — Dérogation à la règle de la rétroactivité : *les mariages putatifs*. 468
Section IV. — Effets du mariage 475
§ I. — Devoirs réciproques des époux 475
§ II. — La puissance maritale. 479
Section V. — Preuve du mariage 482
§ I. — Le principe. 483
§ II. — Les précisions et les dérogations. 483
I. — Tempéraments valables pour tous les actes de l'état civil. 483
II. — Tempéraments spéciaux au mariage. 484
Section VI. — Dissolution et relâchement du mariage. . . . 490

LE DIVORCE. 492
Généralités 492
§ I. — Les causes de divorce 499
§ II. — Procédure du divorce 505
I. — Qui peut demander le divorce 506
II. — Tribunal compétent. 507
III. — Procédure proprement dite. 508
§ III. — Effets du divorce 524
I. — Effets du divorce en ce qui concerne les anciens époux. 524
II. — Effets du divorce en ce qui concerne les enfants. . 531

LA SÉPARATION DE CORPS 535
§ I. — Causes de séparation 537
§ II. — Procédure 537
§ III. — Effets de la séparation de corps. 539
§ IV. — Evénements qui mettent fin à la séparation de corps. 543
§ V. — De la séparation de fait 549

Chapitre II. — LA PARENTÉ LÉGITIME. — PATERNITÉ ET FILIATION. . 552
Section I. — Détermination et preuve de la filiation légitime. 553
§ I. — Détermination et preuve de la filiation légitime maternelle. 554
I. — Modes de preuve 554
II. — Actions relatives à la filiation légitime maternelle. 559
§ II. — Détermination et preuve de la filiation légitime paternelle. 563
I. — Enfants protégés par la présomption de paternité. . 564
II. — Force et autorité de la présomption; *le désaveu de paternité* 570

Section II. — Effets de la parenté légitime et de l'alliance : *la puissance paternelle; l'obligation alimentaire*. . . . . .
§ I. — La puissance paternelle . . . . . .
N° 1. — Caractères de la puissance paternelle. . . . .
N° 2. — Qui est investi de cette puissance. . . . . .
N° 3. — Qui est soumis à la puissance paternelle. . . .
N° 4. — Attributs et charges de cette puissance. . . .
I. — Attributs intéressant la personne de l'enfant. . . .
II. — Attributs se référant au patrimoine de l'enfant; *jouissance légale* . . . . . .
N° 5. — Comment la puissance paternelle prend fin. — *Déchéance* . . . . . .
§ II. — L'obligation alimentaire . . . . . .
N° 1. — Entre quelles personnes l'obligation est établie par la loi . . . . . .
N° 2. — A quelles conditions elle entre en action. . .
N° 3. — Objet et *quantum* de l'obligation alimentaire; comment elle s'exécute . . . . . .
N° 4. — Sanctions édictées en vue d'assurer l'exécution de la dette alimentaire . . . . . .
N° 5. — Caractères juridiques de l'obligation alimentaire.

Titre II. — La famille naturelle . . . . . .

Généralités. . . . . .
L'union libre . . . . . .
Différentes catégories d'enfants naturels. . . . . .

Chapitre I. — Détermination de la parenté naturelle : preuve de la filiation naturelle . . . . . .
Section I. — Preuve par titre : *de la reconnaissance des enfants naturels* . . . . . .
§ I. — Conditions de validité de la reconnaissance. . . .
§ II. — Nature juridique de la reconnaissance . . . . . .
Section II. — Recherche en justice de la filiation naturelle : *reconnaissance forcée* . . . . . .
§ I. — Recherche de la maternité naturelle. . . . . .
§ II. — Recherche de la paternité naturelle. . . . . .
Section III. — Inaptitude de la possession d'état à faire preuve de la filiation naturelle. . . . . .

Chapitre II. — Effets de la parenté naturelle et spécialement de la filiation naturelle . . . . . .
Section I. — Enfants naturels simples. . . . . .
Section II. — Enfants adultérins ou incestueux . . . . . .

Chapitre III. — Passage de la filiation naturelle à la filiation légitime : la légitimation . . . . . .
Section I. — Légitimation des enfants naturels simples . . .
§ I. — Légitimation de plein droit. . . . . .
§ II. — Légitimation par mariage subséquent. . . . . .
§ III. — Légitimation *post nuptias*, par décision judiciaire. .
Section II. — Légitimation des enfants adultérins ou incestueux.
Section III. — Effets et contestation de la légitimation . . .

Titre III. — La famille adoptive . . . . . .

Appendice aux deux premières parties : Autorité de la chose jugée en ce qui concerne l'état des personnes. . . . . .

TROISIÈME PARTIE. — LES BIENS (CHOSES ET DROITS) ISOLÉMENT ENVISAGÉS 733

Titre I. — Diverses classifications des biens : division des biens . . 735

Chapitre I. — PREMIÈRE CLASSIFICATION : BIENS CORPORELS ET BIENS INCORPORELS 735

Chapitre II. — DEUXIÈME GROUPE DE CLASSIFICATIONS (DISTINCTIONS SPÉCIALES AUX BIENS CORPORELS) 735

Chapitre III. — TROISIÈME CLASSIFICATION, SPÉCIALE AUX BIENS INCORPORELS : DROITS RÉELS ET DROITS PERSONNELS 740

Chapitre IV. — LES MEUBLES ET LES IMMEUBLES 746
Section I. — Généralités 746
Section II. — Les immeubles 751
§ I. — Immeubles par nature 751
§ II. — Immeubles par destination 752
§ III. — Biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent 758
§ IV. — Immeubles par détermination de la loi. 760
Section III. — Les meubles 760
§ I. — Meubles par nature 761
§ II. — Meubles incorporels (*par détermination de la loi*) . 761
§ III. — Meubles par anticipation 766

Titre II. — L'appropriation des biens (Proprété et possession) . . 769

Généralités 769

Chapitre I. — LA POSSESSION 771
Section I. — Dépendance de la possession vis-à-vis de la propriété 772
§ I. — Choses susceptibles de possession 772
§ II. — Ceux qui détiennent en vertu d'un titre exclusif de la qualité de propriétaire ne possèdent point 773
§ III. — Plus la possession imite la propriété et plus elle est protégée 775
Possession *ad usucapionem* 775
Possession de bonne foi (*acquisition des fruits*) 778
Possession vicieuse 783
Simple détention 786
Section II. — Manifestations d'indépendance de la possession vis-à-vis de la propriété 787

Chapitre II. — LA NATURE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ CORPORELLE UNITAIRE 789
Section I. — Absolutisme du droit de propriété quant aux personnes à qui il est opposable 791
Section II. — Absolutisme du droit quant à son objet, à son assiette 792
§ I. — Le sol 792
Le bornage 792
La clôture 796
§ II. — Le dessus 798
§ III. — Le dessous 799
§ IV. — Les accessoires de la chose 800
§ V. — Les eaux 801
Eaux qui appartiennent au propriétaire foncier 801
Eaux dont il a l'usage 804
Houille blanche 805
Servitudes ou obligations relatives au régime des eaux . . 806

Section III. — Absolutisme du droit de propriété quant à ses attributs 809
§ I. — Limitation dérivant de l'esprit et du but du droit de propriété : *abus de ce droit* 810
§ II. — Restrictions établies dans l'intérêt de la collectivité 813
§ III. — Restrictions commandées par l'intérêt des propriétés voisines : *obligations de voisinage* 820
Servitudes de voisinage 821
Obligations mutuelles et précises (*Plantations, jours et vues*) 821
Obligations génériques et indéterminées 826
Section IV. — Absolutisme du droit de propriété quant à sa durée : *perpétuité de la propriété* 832

Chapitre III. — Les diverses formes de la propriété. 836
§ I. — Elargissement et diversification du concept de l'appropriation des biens 836
§ II. — Les propriétés incorporelles 839
Le fonds de commerce 840
Les offices 841
Propriété littéraire et artistique; *les droits d'auteur.* . . 843
Les brevets 849
Les marques de fabrique 850
Les lettres missives 850
Lettres de noblesse 852
Le nom 852
§ III. — La petite propriété foncière 853
Habitations à bon marché 853
Bien de famille 854
Accession à la petite propriété 856
§ IV. — Les biens domaniaux 856
§ V. — La propriété apparente 858

Chapitre IV. — La protection et la preuve de la propriété. . 860
Section I. — La revendication des immeubles 862
§ I. — Domaine d'application pratique de la revendication immobilière 862
§ II. — La preuve du droit de propriété immobilière . . . 863
L'*usucapion trentenaire.* 867
Définition et rôle social. 867
I. — Conditions requises pour l'accomplissement de la prescription 871
Interruption et suspension 873
II. — Effets produits par l'usucapion accomplie 886
§ III. — Résultats de la revendication immobilière. . . . 890
Théorie des impenses. 891
Section II. — La revendication des meubles. 893
§ I. — Principe : *en fait de meubles, la possession vaut titre.* 894
§ II. — Les dérogations : cas dans lesquels on peut revendiquer un meuble corporel. 905
§ III. — Législation spéciale aux titres au porteur 909

Chapitre V. — Les modes d'acquérir la propriété. 912
Section I. — Acquisition de la propriété par la propriété même : *accession.* 915
§ I. — Accession naturelle au profit d'un immeuble. . . . 916
§ II. — Accession artificielle. 919
Section II. — Acquisition de la propriété par la possession : *occupation* 928
§ I. — Occupation de choses certainement non appropriées . 930

§ II. — Occupation de choses qui ont ou qui peuvent avoir un maître actuel 931
Section III. — Acquisition de la propriété par convention. . 936
§ I. — Transfert conventionnel de la propriété *inter partes*. 938
§ II. — Transfert de la propriété à l'égard des tiers. . . . 941
I. — Publicité des aliénations immobilières : la *transcription*. 943
II. — Publicité de certaines aliénations mobilières 976
§ III. — Le transfert de propriété et les actes émanés *a non domino : usucapion de dix à vingt ans* 978
Section IV. — Acquisition de la propriété par le testament. . . 987
Section V. — Acquisition de la propriété par la tradition. . . 987
Section VI. — Acquisition en vertu d'un acte de l'autorité publique 988
Section VII. — Acquisition en vertu de la loi. 988

Chapitre VI. — MODALITÉS DE LA PROPRIÉTÉ; SES DIFFÉRENTS ASPECTS; LIMITATIONS DONT ELLE EST SUSCEPTIBLE 989
Section I. — Modalités et limitations affectant le droit de propriété lui-même 990
§ I. — La copropriété (*propriété plurale*). 990
§ II. — La propriété conditionnelle 1009
Section II. — Modalités et limitations affectant l'objet du droit de propriété 1014
§ I. — Droit de superficie 1014
§ II. — Maisons divisées par étages ou par appartements. . 1017
Section III. — Modalités et limitations affectant les attributs du droit de propriété : *les clauses d'inaliénabilité* 1020
I. — Le principe 1021
II. — Les exceptions. 1021

Titre III. — Les démembrements et les charges de la propriété : droits réels principaux 1029

PREMIÈRE CATÉGORIE : DROITS RÉELS DE JOUISSANCE. 1030

Chapitre I. — L'USUFRUIT 1031
Section I. — Modes de constitution. 1034
§ I. — Constitution de l'usufruit par la volonté de l'homme. 1035
§ II. — Etablissement de l'usufruit par la prescription. . . 1037
§ III. — Constitution de l'usufruit par la loi : *usufruits légaux* 1038
Section II. — Situations de l'usufruitier et du nu propriétaire. 1040
§ I. — Situation respective au début, avant l'entrée en jouissance 1041
§ II. — Situation respective au cours de la jouissance . . . 1046
I. — Le nu propriétaire : ses droits et ses obligations. . . 1046
II. — L'usufruitier : ses droits et ses obligations. . . . 1049
§ III. — Situations respectives lors de l'extinction de l'usufruit : *règlement de compte*. 1062
Section III. — Extinction de l'usufruit 1069

Chapitre II. — L'EMPHYTÉOSE 1076

Chapitre III. — DROITS DE JOUISSANCE SPÉCIALISÉS (*mines, sépulture*) 1080

DEUXIÈME CATÉGORIE : DROITS RÉELS D'USAGE 1082
I. — Usage 1082
II. — Droits d'usages spécialisés : habitation, chasse et pêche, etc. 1085

TROISIÈME CATÉGORIE : LES SERVITUDES 1085
Chapitre II. — GÉNÉRALITÉS 1086

Chapitre II. — Classification des servitudes 1090

Chapitre III. — Modes d'établissement 1091
Section I. — Les servitudes légales. 1092
§ I. — Servitudes légales d'intérêt public. 1092
§ II. — Servitudes légales d'intérêt privé 1094
Section II. — Les servitudes établies par le fait de l'homme. . 1097
§ I. — Acquisition des servitudes par titre 1098
§ II. — Acquisition par prescription 1100
§ III. — La destination du père de famille 1103

Chapitre IV. — Exercice des servitudes; droits et obligations du titulaire 1107
§ I. — Situation du propriétaire du fonds dominant. . . . 1108
§ II. — Situation du propriétaire du fonds servant. . . . 1111

Chapitre V. — Extinction des servitudes. 1112

Table alphabétique 1117

Abréviations

Al.	Alinéa.
Anc. réd.	Ancienne rédaction.
Ann. dr. com.	Annales de droit commercial.
Ann. lég. étrang.	Annuaire de législation étrangère publié par la Société de Législation comparée.
Arg.	Argument.
Art.	Article.
Bull. cass. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile.
Bull. soc. ét. lég.	Bulletin de la Société d'Etudes législatives.
Bull. soc. lég. comp.	Bulletin de la Société de Législation comparée.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. d'Et.	Conseil d'Etat.
C. Enreg.	Code de l'Enregistrement.
C. for.	Code forestier.
C. instr. crim.	Code d'instruction criminelle.
C. pén.	Code pénal.
C. pr.	Code de procédure civile.
C. trav.	Code du Travail et de la Prévoyance sociale.
Cbn.	Combiné avec.
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation.
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation.
Comp.	Comparez.
Compte gén. Just. civ.	Compte général de l'administration de la Justice civile.
Cons.	Consultez.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
D.	Décret.
D. L.	Décret-loi.
D. P.	Recueil périodique et critique de la Jurisprudence générale Dalloz.
D. H.	Recueil hebdomadaire de la Jurisprudence générale Dalloz.
D. Jurisp. gén.	Répertoire alphabétique Dalloz.
D. Jurisp. gén. supplément.	Supplément au répertoire précédent.
Ed.	Edition.

Gaz. jud. et com.	Gazette judiciaire et commerciale de Lyon.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. trib.	Gazette des tribunaux.
Ibid.	Même ouvrage et même passage.
J. Off.	Journal Officiel.
L.	Loi.
Mod.	Modifié.
Nouv. réd.	Nouvelle rédaction.
Op. cit.	*Opere citato* (ouvrage déjà cité).
Ord.	Ordonnance.
Préc.	Précité.
Rec. somm.	Recueil des sommaires.
Réd.	Rédaction.
S. Ref.	Refonte du Recueil de jurisprudence de Sirey.
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. gén.	Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Recueil de jurisprudence de *Sirey*.
S. chr.	Sirey chronologique.
Sem. jur.	Semaine juridique (anciennement, *Semaine législative*).
T.	Tome.
Trib. confl.	Tribunal des conflits.
V.	Voyez.

Ouvrages généraux fréquemment cités ou fondamentaux

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, par AUBRY et RAU, sur la 4e ou sur la 5e édition, suivant les cas.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de droit civil.*

BÉQUIGNON-LAGARDE (Mme). — Tome Ier du précédent traité : *Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil.*

BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, par Ch. BEUDANT, deuxième édition publiée par son fils, Robert BEUDANT et par Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, 13 vol.; dont 10 actuellement parus.

CHAUVEAU. — *Les biens*, 1 vol., dans le *Traité de droit civil*, de BAUDRY-LACANTINERIE.

COLIN, CAPITANT et J. DE LA MORANDIÈRE. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol.; continué par GUILLOUARD.

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.*

HOUQUES-FOURCADE, CHÉNEAUX et BONNECARRÈRE. — *Les personnes*, 5 vol., dans le *Traité de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE.

LAURENT. — *Principes du droit civil français*, 33 vol.

LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale et criminelle* de la France (travaux préparatoires).

M. PICARD. — Maurice PICARD, *Les biens*, 1 vol., dans le *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL et RIPERT.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., 11e éd.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol.

POTHIER. — Œuvres de POTHIER, éd. BUGNET, 10 vol.

ROUAST. — *La famille*, 1 vol., dans le *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL et RIPERT.

SAVATIER. — *Les personnes*, 1 vol., dans le même traité.

TISSIER. — *De la prescription*, 1 vol., dans le *Traité de droit civil*, de BAUDRY-LACANTINERIE.

NOTA. — *Les numéros d'articles qui ne sont suivis d'aucune indication se réfèrent au Code civil.*

INTRODUCTION

THÉORIES GÉNÉRALES DU DROIT ET DES DROITS

TITRE PREMIER

IDÉE GÉNÉRALE ET DÉFINITION DU DROIT [1]

1. Définition. — La vie en société implique, par définition même, l'existence, entre ceux qui la vivent, de rapports sociaux.

Ces rapports, s'ils étaient abandonnés à l'arbitraire, s'ils ne faisaient pas l'objet d'une réglementation, ne pourraient être réalisés que par le jeu des forces individuelles, par la ruse ou par la violence; car, suivant la constatation décevante faite par nombre de philosophes et de juristes, « sitôt que les hommes sont en société,... l'égalité qui était en eux cesse, et l'état de guerre commence » [2]. Fort heureusement, cet état n'est point définitif et irrémédiable, mais il porte en lui-même les germes d'une rédemption. Assez rapidement, quoique progressivement, il se dégage de tout groupement humain, un *modus vivendi*, un ensemble de règles direc-

[1] V. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5e éd., nos 1 et suiv.; Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*; H. Solus, *Les principes du droit civil*, 1933; Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, 2e éd. 1931; Le Fur, *Essai d'une définition synthétique du droit*, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1930, p. 291.

[2] Montesquieu, *Esprit des lois*, Livre I, chap. III.

trices, en même temps que se constitue une autorité chargée d'en assurer l'observation : *ubi societas, ibi jus*; car, ce corps de règles obligatoires, cette charte de la vie en communauté n'est autre que le *droit positif*. Comme on l'a remarqué, le mot qui sert ainsi à désigner cette forme de discipline sociale, évoque, dans toutes les langues, l'idée de *direction*; en tout pays, on découvre en lui la racine *regere, dirigere* : *Recht* en allemand, *right* en anglais, *diritto* en italien, *derecho* en espagnol, *direito* en portugais, *drept* en roumain; partout et toujours il est apparenté aux idées de direction, de rectitude, de discipline; partout et toujours, le droit peut être défini très simplement : la *Règle sociale obligatoire*.

2. Autre définition. — Cette règle sociale est nécessairement fort complexe, et d'autant plus qu'une société se développe et s'affine. Le problème qui se pose est d'assigner à chacun sa place, dans la collectivité : c'est, en effet, au *Droit*, tel que nous venons de le définir, qu'il appartient de déterminer *les droits* de chaque individu, c'est-à-dire les prérogatives dont il jouira et qu'il pourra exercer sous la protection des pouvoirs publics. Par là, le droit ne met pas fin aux conflits; il n'est pas le gage d'une parfaite harmonie entre les hommes; suivant l'affirmation du grand juriste allemand Ihering, « la vie du droit est une lutte, lutte des peuples, de l'Etat, des classes, des individus », et il faut bien reconnaître que le droit implique l'injustice, comme la lumière s'oppose à l'ombre; mais du moins permet-il de dénouer pacifiquement les inévitables conflits en donnant à l'individu, lésé dans sa personne et dans ses biens, la possibilité de s'adresser aux tribunaux et d'obtenir par eux, sans se faire justice à soi-même, la cessation et la réparation de l'injustice subie. En remontant ainsi de l'individu à la collectivité, en se socialisant, la justice devient plus pacifique; les différends qui continuent à diviser les hommes se résolvent non plus individuellement, au hasard des forces contraires, mais socialement et conformément à la règle de la collectivité. Il y a ainsi dans le droit une puissance de synthèse, une valeur sociale qu'il fallait mettre en lumière et qui appelle cette nouvelle définition : le droit, c'est *la conscience et la volonté collectives se substituant aux consciences et aux volontés individuelles pour déterminer les prérogatives, les droits subjectifs de chacun*; définition assez voisine de celle que donnait Kant pour qui le droit était « l'ensemble des conditions qui limitent les libertés pour rendre possible leur accord ».

Ayant ainsi dégagé le caractère *obligatoire* et le caractère

sociat du droit positif, nous sommes en mesure de le différencier tant de la *morale* que du *droit naturel*.

3. Le droit et la morale [1]. — Entre ces deux disciplines, les points de contact — qui deviennent parfois des points de friction — sont innombrables : elles émanent, l'une et l'autre, de la conscience humaine; elles sont toutes deux des produits sociaux; elles prétendent également fournir à l'homme une direction, une ligne de conduite. Entre elles, les échanges sont incessants : d'une part, les règles du droit sont, pour la plupart, empruntées à la morale, au point que le droit n'est autre chose que la morale dans la mesure où elle revêt un caractère obligatoire; d'autre part, il arrive que la loi positive exerce une répercussion sur les mœurs d'un pays; il est des lois qui sont moralement salutaires, d'autres qui sont pernicieuses : l'interjection fameuse : *quid leges sine moribus?* n'est vraie que d'une vérité relative. Entre le droit et la morale, les affinités sont donc certaines et l'interpénétration est permanente et profonde [2].

Il n'en importe que davantage de différencier ces deux notions qui ne sauraient coïncider absolument et dont il faut tracer les frontières qui se concrétisent dans les nuances suivantes :

1° Le domaine de la morale est plus vaste que celui du droit; il s'étend jusqu'à nos pensées les plus secrètes que l'on prétend apprécier et régenter; il existe une morale individuelle, qui s'impose même à l'homme vivant isolé de ses semblables, au lieu que le droit, qui est la règle sociale, n'envisage les hommes que sous l'angle social, en tant que membres de la collectivité, non comme individus isolés; il représente « le profil social de l'éthique » [3], il nous prescrit des règles de conduite envers nos semblables, non envers nous-mêmes; il ne nous demande pas compte de nos pensées intimes; pour lui, le for intérieur est un champ interdit;

2° De plus, et pour ce qui est de nos rapports avec nos semblables, le droit est sensiblement moins exigeant que la morale; certaines obligations nous sont imposées par

[1] *Bibliographie.* — F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol.; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2e éd., 1927; G. del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, et l'*Homo juridicus*, dans la *Rev. Gén. du Droit*, 1936.

[2] Cette interpénétration va, dans les législations musulmanes et d'Extrême-Orient, jusqu'à la confusion; par exemple, « le droit, en Chine, ne se différencie pas de la morale. Il n'est que la mise en œuvre de cette morale ». (J. Escarra, *Le Droit chinois*, p. 70.)

[3] G. del Vecchio, dans l'*Homo juridicus*.

celle-ci qui restent *presque* entièrement en dehors de celui-là, tels les devoirs de charité ou de reconnaissance; le droit ne saurait avoir toutes les délicatesses, toutes les exigences aussi de la morale;

3° En revanche, et si les exigences du droit sont moins nombreuses, elles sont autrement effectives; en méconnaissant les devoirs moraux, nous ne nous exposons pas à d'autres sanctions qu'aux reproches de nos consciences et à la réprobation de nos semblables; mais les préceptes juridiques ont un caractère obligatoire, normalement tout au moins; les pouvoirs publics disposent, pour nous contraindre à leur observation, d'une force irrésistible; l'idée de droit évoque celle de contrainte; elle suppose l'existence d'une autorité capable de briser les résistances individuelles. Dans un pays où les pouvoirs publics ne seraient pas assez solidement établis pour s'acquitter de cette mission essentielle, les préceptes juridiques seraient à l'état de lettre morte, le droit serait comme s'il n'existait pas; car, suivant le mot de Pascal : « La justice sans la force est impuissante... », et c'est pourquoi il faut « faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste » [1].

Il semble donc que la contrainte, exercée par l'Etat, soit la caractéristique du droit et son unique, son infaillible critérium (*Sic* : Ihering *Zweck im Recht*, p. 216 dans la traduction française par de Meulenaere, sous le titre *L'évolution du droit*). Cette conception n'est cependant qu'approximativement exacte, car il existe des règles qui, bien que spécifiquement juridiques, ne peuvent cependant se réclamer d'une coercition légale, telles les règles du droit des gens, et telles aussi, comme nous le verrons, les obligations naturelles, lesquelles ne comportent que des sanctions juridiques fort imparfaites. La notion de contrainte n'est donc pas indissolublement liée à celle du droit; sans doute, on ne conçoit pas un droit sans sanction, mais on imagine et on connaît parfois un droit sans contrainte. Tout ce qui est vrai, c'est que *le droit tend normalement à la contrainte effective* et qu'il comporte toujours une sanction positive, parfaite ou imparfaite, au lieu que la morale vaut par elle-même et se suffit à elle-même, abstraction faite de tout élément coercitif ou même sanctionnateur.

4. Le droit positif et le droit naturel [2]. — Cette

[1] Pascal, *Pensées*, n° 298.

[2] *Bibliographie.* — Fouillée *L'idée moderne du droit;* Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat;* F. Gény, *op. cit.*, notamment t. IV; G. Ripert, *op. cit.*; Charmont, *La renaissance du droit natu-*

seconde discrimination est plus délicate à effectuer que la précédente; la difficulté provient de ce que, si l'on est d'accord pour voir dans le droit positif celui qui est en vigueur dans un pays et à un moment donnés, on ne s'entend guère sur la nature qu'il convient de reconnaître à son frère antithétique, *le droit naturel*. Tandis que, pour certains philosophes, du XVIII[e] siècle notamment, il faut entendre, par là, les règles qui auraient prétendument gouverné les hommes à l'état de nature, avant l'établissement de toute société et qui dérivent donc uniquement de « la constitution de notre être » [1], il est des juristes qui visent, par ce vocable, les préceptes acceptés par tous les peuples, constituant le fonds commun des législations des pays civilisés et dont toute personne est donc fondée à réclamer le bénéfice; il s'opposerait ainsi au droit propre, particulier à chaque peuple et qui, représentant la part originale de sa législation, constitue l'apanage des seuls nationaux, des seuls citoyens, à l'exclusion des étrangers.

Ces deux conceptions du droit naturel doivent être repoussées, la première parce que des hommes vivant à l'état isolé ne sauraient être gouvernés que par des lois physiques, non par des lois sociales, lesquelles, par définition même, présupposent une vie en société; la deuxième, parce que, si elle est opportune et vraie dans les communautés primitives, compartimentées et presque hermétiques, elles devient de plus en plus anachronique et périmée à mesure que s'abaissent les barrières qui séparaient jadis les peuples et que les différences de traitement, autrefois établies entre nationaux et étrangers, tendent à s'atténuer, voire même à s'effacer, au moins dans le domaine du droit privé.

Ces conceptions écartées, on est amené à reconnaître, réserve faite des théories qui nient l'existence même du droit naturel [2], que ce vocable évoque dans l'esprit, non pas une réalité des temps très anciens ou de l'époque actuelle, mais bien un idéal à poursuivre, une orientation à observer;

rel; Boistel, *Cours de philosophie du droit*; J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, n[os] 63 et suiv.

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, livre I, chap. II. — Cette conception était également celle de J.-J. Rousseau.

[2] Les partisans du positivisme juridique combattent le principe même et la notion du droit naturel. V. G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*, dans les *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1919; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*; G. Jèze, *Revue de droit public*, 1912, t. XXIX, p. 181; 1921, t. XXXVIII, p. 437. — Pour la réfutation, v. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, p. 213 et suiv.

c'est bien ainsi que l'entendait Portalis, l'un des rédacteurs de notre Code civil, lorsqu'il disait : « Le droit (il entendait par là le droit naturel) dirige... les lois (il visait par ces mots le droit positif) commandent; *il sert de boussole* et les lois de compas. » Le droit naturel nous apparaît ainsi à la fois comme une base et comme un point de direction, au regard du droit positif.

5. — Mais cette constatation ne met pas le point final à la controverse, car encore faudrait-il savoir d'où viendra au juste l'orientation, comment sera tracée la voie dans laquelle le législateur et la jurisprudence devront s'engager; et, sur cette nouvelle position, la querelle renaît et se précise, les uns se faisant du droit naturel un idéal immuable, se le représentant comme un point fixe dans le temps et dans l'espace vers lequel doivent s'orienter toutes les consciences juridiques, « *verum jus* », selon Cicéron [1]; « raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre », au sentiment des rédacteurs du Code civil [2]; tandis que d'autres, répudiant une conception aussi abstraite, aussi décevante par son immobilisme, voient dans le droit naturel un idéal contingent, « à contenu variable» [3], se transformant avec les civilisations et les nécessités sociales, au cours des siècles. Il n'est pas vrai, dit-on, que tous les peuples soient inspirés, au cours de toutes les phases de leur développement, par un idéal fixe et immuable, par un idéal *ne varietur*; la vérité est que le droit, qui est, non une abstraction, mais une réalité vivante, est en perpétuelle gestation; il se transforme à chaque tournant de l'histoire [4]; du même coup se transforme son devenir; la boussole dont parlait Portalis n'indique pas toujours la même direction à suivre; le droit naturel, c'est le droit positif de demain; il varie donc lui-même au cours des âges et avec les différentes civilisations.

6. — Nous ne pensons pas que ces deux conceptions qui s'affrontent traditionnellement soient nécessairement incon-

[1] Cicéron, *De re publica*; il existe, écrivait-il, une « *lex et sempiterna et immutabilis* ».

[2] Fenet, *Recueil des travaux préparatoires*, t. II, p. 3.

[3] La définition est de Stammler, dans son ouvrage : *Wirtschaft und Recht*.

[4] On connaît les aphorismes émis à ce sujet par Pascal : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà »..., « Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité. » *Pensées*, n° 294.

ciliables; dans le droit naturel, tel que nous le concevons, figurent des données fixes et invariables qui ont la valeur de dogmes éternellement vrais, tel le respect dû à la parole donnée, la force obligatoire des contrats, la non-rétroactivité des lois, la réparation des dommages injustement causés à autrui — autant de vérités premières qui constituent, dans leur ensemble, le contingent aprioristique du droit naturel. Mais, à côté de ces postulats nécessaires et immuables, on aperçoit, dans tous pays à civilisation équivalente et pour une époque déterminée, des tendances communes, des courants d'opinion juridique, une volonté collective tendant à la réalisation de réformes qui sont dans l'esprit de l'époque, qui sont pour ainsi dire « dans l'air »; c'est, par exemple, au cours des années que nous vivons, une tendance à atténuer les inégalités sociales, à assurer à l'homme et à la femme les produits de leur travail, à donner à la femme une capacité sans cesse élargie, à favoriser le mariage et la natalité, à donner aux actes, aux événements juridiques, la plus large publicité, à prévenir et à réprimer les abus de droits. Il existe ainsi de grands courants juridiques qu'il serait vain et impolitique de prétendre remonter, qui forment dans leur ensemble ce qu'on a appelé le *droit commun universel* [1] et où il faut voir une nouvelle source alimentant abondamment le droit naturel, lequel se rattache ainsi à la fois au passé et à l'avenir : au *passé*, par les dogmes éternels immuables, qui en constituent l'armature indestructible et aussi par la grande loi de la filiation qui soude les institutions d'aujourd'hui à celles d'autrefois; à *l'avenir*, par l'attraction qu'exerce sur lui la loi non moins nécessaire de l'évolution, attraction qui s'accuse par la formation de courants juridiques, puissants mais variables. Le droit naturel agit ainsi doublement et de deux côtés différents sur le droit positif; il lui fait sentir simultanément, d'abord la maîtrise de nécessités éternelles et constantes, puis l'appel du devenir, les aspirations, multiples et changeantes, vers un idéal évolutif; il lui fournit et sa base première et son but; il lui trace la route à suivre, compte tenu du chemin déjà parcouru et de vérités supérieures auxquelles aucun organisme, physique ou social, ne saurait jamais se dérober.

7. Le droit positif et l'économie politique. — Le droit

[1] V. Louis Josserand, *Congrès international de droit comparé* de 1900, t. I, p. 237. — Le vocable de « droit commun législatif » dont on s'est parfois servi a l'inconvénient de ne viser que les règles juridiques incluses dans un instrument législatif.

présente de nombreuses et étroites affinités avec l'*économie politique*, science de la richesse; les rapports entre ces deux disciplines sont tels que l'enseignement en est donné, très légitimement, dans les mêmes Facultés et qu'elles figurent sur les mêmes programmes, en vue de l'obtention du même diplôme. Et il est bien vrai que, d'une part, l'étude de l'économie politique implique une instruction juridique assez développée, tandis qu'à l'inverse on ne saurait comprendre le véritable sens, la signification profonde de nos institutions, si l'on ne possédait pas quelque bagage économique : certaines réglementations, telles celles de la propriété, des hypothèques, des conventions matrimoniales ou des successions, sont tracées en contemplation de l'ordre économique dont le retentissement sur l'ordre juridique est indéniablement nécessaire; par exemple, nous verrons combien nombreuses et profondes ont été les répercussions exercées sur notre droit civil par la prétendue infériorité de la richesse mobilière par rapport aux biens fonciers, infériorité qui avait, aux yeux des rédacteurs de notre Code civil, la valeur d'un dogme et dont ils étaient vraiment obsédés, au point de consacrer sur une foule de points la maxime aujourd'hui bien périmée : *res mobilis, res vilis*. (*Inf.* n^os^ 1340 et suiv.)

8. Abus à redouter. — Cependant, et une fois reconnu cet échange d'influences entre le droit et l'économie politique, il convient de se mettre en garde contre les dangers d'une pénétration trop profonde de celui-là par celle-ci; si l'isolement du droit par rapport à l'économie politique conduirait à lui assigner un caractère abstrait et factice, en revanche, une imprégnation trop poussée risquerait de le faire sombrer dans un matérialisme sans issue; il deviendrait alors un simple règlement d'usine, un recueil d'équations, un corps sans âme; la technique l'emporterait sur la science [1], comme la richesse primerait la moralité. Le danger est réel; pour le mettre en lumière il suffit de signaler qu'un certain nombre de juristes, négateurs de la réalité de la per-

[1] Comme l'écrit M. Maurice Hauriou, « c'est ravaler le droit que de le réduire à une technique. Le vocable de technique doit être réservé à certains procédés de métiers; mais le jurisconsulte, pas plus que le sculpteur ou l'architecte, ne doit être confondu avec le praticien, et le droit n'est pas une pure pratique », *Revue trimestr. de droit civil*, 1927, p. 824. Sur les rapports de la science et de la technique juridiques, v. outre l'ouvrage fondamental de F. Gény, *Science et technique*, et l'article précité de M. Hauriou, une conférence de Kotaro Tanaka, *Il diritto de la tecnica*, dans la *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, anno XVI, fasc. IV-V.

sonnalité morale, voient dans un pays comme la France une simple forme de distribution et de la tenure de la richesse, une expression, non pas même géographique, mais purement économique [1]; ce sont là des abus dont il faut se préserver; ils deviennent malheureusement de plus en plus fréquents, depuis la dernière guerre : sous la pression des événements économiques et de la situation financière, le législateur est tenté, plus que jamais, de donner le pas aux intérêts matériels sur les impératifs moraux, d'ajuster brutalement la règle de droit aux besoins économiques de la société; dès avant la guerre, on avait noté la tendance des institutions juridiques à se matérialiser : « L'ère de l'idéalisme est à son déclin et commence fortement à être remplacée par celle du matérialisme » (Péritch, *La matérialisation des droits privés, Rev. trim.*, 1913, notamment p. 135 et s.; L. Josserand, *Un ordre juridique nouveau*, D. H. 1937, Chronique, p. 41; G. del Vecchio, *Droit et économie*, dans la *Rev. d'Economie politique*, 1935). Depuis 1918, ce mouvement n'a fait que se précipiter; des dogmes à la fois juridiques et moraux, comme celui de la parole donnée, de la force obligatoire du contrat, sont mis sérieusement en échec par la législation exceptionnelle des loyers, par le jeu des moratoires, par les décrets-lois; de plus en plus, l'économique bouscule le juridique et tend à le dominer, très dangereusement; car une confusion entre le droit et l'économie politique serait autrement grave, pour l'avenir et pour la vie d'un peuple, qu'une étroite interpénétration de la loi et de la morale; il ne faut pas, sous prétexte de réalisme ou d'opportunisme, subordonner entièrement la règle juridique aux contingences économiques; il ne faut pas que l'économique s'annexe le juridique; il y va de l'existence même de la civilisation : placé entre le pôle moral et le pôle économique, le droit doit résister à l'attraction exclusive du deuxième; il doit rester la science du juste plus encore que le code de la richesse, car il est, avant tout, suivant la juste appréciation de Leibniz, une *puissance morale*; et d'ailleurs, les véritables réalités sont incluses dans les idées, non dans l'argent; en dépit des apparences, ce sont elles qui mènent le monde, et c'est parce que le droit les remue, les consacre et les inspire qu'il occupe une place si élevée dans l'échelle des sciences sociales; sans nier la matière, l'esprit doit la dominer.

---

[1] *Infra*, nos 657 et suiv.

TITRE II

THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT POSITIF

---

9. — Cette théorie évoque les deux problèmes suivants :
1° Quel est l'*objet* du droit et quelles sont les différentes disciplines dans lesquelles il se ramifie?
2° Quelles sont ses *différentes sources*?
Nous rechercherons ainsi d'abord quelle est la *substance* et la *sphère d'action du droit*, puis quels sont les *moyens* dont il dispose pour s'affirmer, quels sont ses modes d'expression et de révélation.

CHAPITRE PREMIER

Objet et classification du droit positif

10. Droit public et droit privé. — L'objet du droit, c'est, nous l'avons dit, la discipline sociale, la réglementation obligatoire des rapports sociaux. Ces rapports sont d'une complexité toujours grandissante; les institutions qui tendent à les fixer ressortissent à deux grandes catégories, nettement tranchées, suivant qu'elles sont orientées vers les intérêts publics, ou bien vers les intérêts privés : dans la première éventualité, elles font partie intégrante du *droit public*, lequel, disait Ulpien, « *ad statum rei romanæ spectat* [1] »; dans le second cas, elles appartiennent au *droit privé*, lequel, au dire du même jurisconsulte, « *ad singulorum utilitatem pertinet* [2] »; ainsi se produit une première ramification, la plus essentielle, la plus ancienne : ici la réglementation des actes qui sont marqués au coin de la puissance publique, là celle des actes qui sont accomplis par des particuliers et en fonction d'intérêts privés.

[1] ULPIEN, *Dig.*, liv. I, tit. I, fr. 1, § 2.
[2] *Ibid.*

11. — I. Le *droit public*, qui est en essor constant, à mesure que se socialisent, que se « publicisent » les rapports juridiques, se subdivise à son tour en plusieurs branches secondaires, encore fort étendues; il abrite, dans son vaste domaine, le droit *constitutionnel*, le droit *administratif*, la *législation financière*, le droit *pénal* et le droit *international public* :

Le *droit constitutionnel*, qui détermine l'organisation de l'Etat et des pouvoirs publics, qui fixe leurs limites respectives et les rapports qu'ils doivent avoir entre eux;

Le *droit administratif*, qui réglemente l'organisation et le fonctionnement des administrations publiques et, notamment, les rapports de l'Etat, des départements et des communes, entre eux et avec leurs administrés;

La *législation financière*, qui traite des dépenses et des ressources publiques, et qui relève à la fois du droit public et de l'économie politique;

Le *droit pénal*, qui représente la législation dans sa fonction répressive, qui institue et qui aménage le droit de punir tel qu'il appartient à la société et tel qu'il est exercé en son nom par ses organes qualifiés;

Le *droit international public* enfin, ou *droit des gens*, lequel règle les rapports d'Etat à Etat : à l'état embryonnaire il y a un demi-siècle encore, il a pris un essor rapide à la suite de la dernière guerre et sous l'influence de la *Société des Nations*; d'un excès de mal est ainsi sorti un bien : le rayonnement du droit dans les rapports publics internationaux.

En outre, il faut noter que la *procédure civile* ou *commerciale* voisine avec le droit public : les règles qui fixent l'organisation judiciaire, qui déterminent la compétence, qui instituent des voies de recours, sont effectivement des règles du droit public, car elles tendent à assurer le fonctionnement d'un service public (René Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 9).

12. — II. Le *droit privé* s'identifiait jadis avec le droit civil, qui, après avoir englobé, au temps de l'empire romain, le droit public lui-même, régissait, dans notre ancienne France, tous les rapports juridiques d'ordre particulier, sans distinction et sans restriction. Puis il arriva qu'un travail de désagrégation du droit privé se poursuivit au cours des siècles et que cette section se ramifia, à l'instar de celle du droit public, en sorte que les expressions « droit privé » et « droit civil » cessèrent de coïncider, la première visant le genre et la seconde une des espèces seulement.

1° Le premier démembrement, dans l'ordre chronologique, est celui dont bénéficia la *procédure*. Cette branche du droit détermine notamment les règles à suivre pour faire valoir nos droits en justice; dans cette mesure, elle n'est autre chose que le droit privé en action, s'affirmant, se réalisant devant l'autorité judiciaire. Il est assez naturel que la forme voisine avec le fond et que la sanction accompagne le précepte; aussi les Romains ne voyaient-ils dans la procédure qu'un chapitre du droit privé; leurs jurisconsultes, après avoir étudié le droit théorique, s'occupaient dans le même traité, du *droit en action*, c'est-à-dire des *actions* [1]. C'est seulement au cours de notre ancien droit qu'un travail de spécialisation et de dissociation s'est effectué qui trouva sa consécration définitive dans la grande ordonnance qui, sur l'initiative de Colbert, codifia, en 1667, les règles de la procédure. Désormais, la séparation était définitive; la procédure avait conquis et devait garder son individualité : à côté de notre Code civil, il existe un Code de procédure civile dans lequel sont incluses les règles de forme. Mais la séparation entre les deux domaines est loin d'être constante et absolue; notre Code civil abrite quantités de règles qui ressortissent à la procédure, par exemple, en matière de divorce, de séparation de corps et de preuves; il arrive, en effet, que la forme soit inséparable du fond et que doive s'effacer, ici et là, la ligne de démarcation quelque peu factice que le législateur a voulu tracer entre le précepte et son mode de réalisation.

Mais là ne devait pas se borner le travail de fragmentation du droit privé; il devait se poursuivre jusque dans le domaine du droit théorique lui-même et pour ce qui est des règles de fond.

2° Le développement et les nécessités du commerce ont déterminé la formation et la spécification d'une nouvelle branche, celle du *droit commercial*. C'est qu'en effet, les institutions du droit privé commun ne pouvaient suffire aux besoins du commerce qui vit de célérité et de confiance, qui exige des règles d'une grande souplesse, exemptes de formalisme, et qui appelle une répression de la fraude, sûre et rapide; le problème a été résolu par la formation d'un corps de règlements appropriés, lesquels constituent dans leur ensemble le droit commercial, simple adaptation du droit privé aux besoins du commerce.

Cette nouvelle ramification a, d'ailleurs, poussé elle-même deux rameaux : on distingue le droit commercial en *terrestre* et en *maritime*. Dès le XVII[e] siècle, cette séparation était

[1] C'est ainsi que les Institutes de GAIUS sont divisées en trois parties : les personnes, les biens et les actions (GAIUS, *Institutiones*, I, 2).

assurée au point que Colbert réglementa, par deux ordonnances distinctes, de 1673 et de 1681, le commerce terrestre et la marine; le législateur moderne n'a pas consacré une séparation aussi tranchée; notre Code de commerce réglemente à lui seul les deux ordres de commerce, terrestre et maritime; celui-ci y fait seulement l'objet d'un livre spécial, le livre deuxième.

3° La fréquence et la complexité des relations entre individus ressortissant à des nationalités différentes, ont déterminé une nouvelle spécialisation et un nouveau démembrement du droit privé, qui se sont traduits par la formation du *droit international privé*, lequel détermine la nationalité des personnes, et régit les rapports juridiques d'intérêt privé entre individus relevant de souverainetés différentes, ou possédant des intérêts dans divers pays. Bien que nombre de principes constitutifs de cette branche du droit soient inscrits dans notre Code civil même, dont ils font partie intégrante, voilà longtemps que le droit international privé a la valeur d'une discipline indépendante, ou, tout au moins, spéciale, et qu'il fait l'objet, dans les Facultés de droit, d'un enseignement particulier, au cours de la troisième année de licence.

13. — III. Enfin, il est certaines branches du droit qui, de formation récente, présentent cette particularité d'avoir été prises à la fois sur le droit privé et sur le droit public, et aussi, en quelque mesure, sur la science économique et financière; à raison de cette origine complexe, elles ne sauraient être classées franchement dans une catégorie ou dans l'autre, mais elles constituent un amalgame d'éléments assez disparates. Il en va ainsi de la *législation ouvrière*, qui se cristallise dans un *Code du travail et de la prévoyance sociale*; de la *législation rurale*, qui, constituée à l'usage des agriculteurs et en vue des besoins de l'agriculture, trouve son expression synthétique dans un *Code rural* (sur le développement et l'élaboration de cette branche du droit dans les différents pays, v. Antonio Azara, *Elaborazione del diritto agrario nei diversi paesi*, extrait des *Actes du premier congrès national du droit rural italien*, 1935); de la *législation coloniale*, laquelle embrasse les institutions édifiées pour nos colonies et pour leurs habitants; les éléments constitutifs en sont, à l'heure actuelle, fort dispersés et n'ont point été l'objet même d'une tentative de codification que l'immensité et la diversité de notre empire colonial rendraient, d'ailleurs, singulièrement malaisée; enfin, du *droit comparé*, qui réalise la confrontation des systèmes juridiques

en cours, à une même époque, dans les pays à culture équivalente, et qui procède à des incursions aussi bien dans le domaine du droit public que dans celui du droit privé; discipline en formation, dont le développement s'affirme par la création de chaires et d'instituts de droit comparé, dont le premier en date est, pour la France, celui qui est annexé à la Faculté de droit de Lyon (1922).

14. — Ainsi se détachent peu à peu de la souche primitive — le droit privé — un grand nombre de rameaux juridiques, les uns qui vivent d'une vie assez indépendante, tandis que les autres, en dépit de la séparation assez factice dont ils proviennent, ne présentent pas une physionomie nettement accusée : dans le domaine du droit, comme ailleurs, la spécialisation a fait son œuvre; elle est conforme à la loi du progrès social, dont elle constitue la rançon obligatoire.

Mais la souche primitive et commune demeure debout et aussi vivace que par le passé; en donnant la vie à ces nombreux rejetons, elle n'a rien perdu de sa vigueur première; elle ne s'est pas repliée sur elle-même, dans un renoncement stérile; bien au contraire, elle a reçu, des rameaux qui se sont détachés d'elle, un regain de vitalité et comme l'infusion d'un sang nouveau.

C'est ainsi que certaines des conquêtes réalisées par le droit commercial dans le sens d'une plus grande simplicité et d'une désirable célérité, ont été, par la suite, transportées plus ou moins complètement dans le domaine du droit privé commun : le droit commercial a pris, vis-à-vis du vieux droit civil, la position d'un champ d'expériences et a joué le rôle d'éducateur [1]. La même observation pourrait être reproduite pour la législation financière : un mouvement de va-et-vient, une œuvre de pénétration réciproque se sont opérés entre les différentes branches du droit, particulièrement

[1] V. dans le *Livre du centenaire du code civil*, p. 207, l'article de M. Lyon-Caen, *De l'influence du droit commercial sur le droit civil*, et p. 225, celui de M. Thaller, *De l'attraction exercée par le code civil et par ses méthodes sur le droit commercial. Adde*, Hamel, *Les rapports du droit civil et du droit commercial*, *Ann. dr. com.*, 1933, p. 183; Jean Escarra (avec la collaboration de MM. Edouard Escarra et Jean Rault), *Principes de droit commercial*, t. I, 1934; Maurice Chavrier, *Evolution de l'idée de commercialité*, thèse, Lyon, 1935; Ernst Bruck, *L'évolution des principes généraux du droit civil grâce au droit des transports et au droit de l'assurance*, *Rev. gén. ass. terr.*, 1936, p. 5.

entre le droit civil et les disciplines auxquelles, par une série de sécessions, il a donné naissance.

15. Définition du droit civil. — Les explications précédentes valent une définition du droit civil, par élimination. Il faut entendre par là le droit privé, déduction faite des disciplines qui ont conduit leur autonomie au cours des derniers siècles; c'est la branche du droit qui fixe les rapports privés entre Français, mais seulement en tant qu'ils n'ont rien de spécifiquement commercial, industriel, rural, et compte tenu des règles de forme, de réalisation pratique du droit, lesquelles constituent le domaine réservé à la procédure.

Mais cette définition négative est, à vrai dire, trop étroite, en ce sens que le droit civil a conservé la position éminente qui lui a toujours appartenu; il est resté la source commune à laquelle il faut toujours remonter dans le silence des textes : en dépit des retranchements successivement subis, il conserve son aptitude originelle à régir tous les rapports d'ordre privé; virtuellement, il a conservé son ampleur première, il est resté le *droit privé commun*. Tel qu'il existe actuellement, son domaine effectif est encore immense : c'est lui qui fixe les droits et la capacité des individus, lui qui régit la famille, lui qui établit le statut juridique des biens isolément envisagés, notamment celui de la propriété, ainsi que celui du patrimoine dont il fixe le sort, non seulement du vivant de son titulaire, mais aussi à son décès; lui qui réglemente les conventions; il est de beaucoup la plus étendue des branches du droit; sa souveraineté s'exerce, non pas uniquement dans le champ des relations d'ordre privé, mais aussi et souvent dans celui des relations ressortissant au droit public : il est demeuré, malgré l'essor du droit public dans le domaine interne comme dans les rapports entre les nations, le droit par excellence; il constitue l'armature même et la base de la juricité.

Chapitre II

Sources du droit positif

(Organes de formation et d'expression du droit)

16. Classification essentielle : la coutume et la loi. — Si l'on envisage la règle sociale d'un observatoire élevé, on découvre que sa source est une; il faut la situer dans la

volonté, plus ou moins consciente, de la collectivité; produit social, le droit ne peut acquérir et conserver son caractère obligatoire que par l'assentiment, direct ou indirect, réfléchi ou spontané, de ceux qu'il est appelé à régir; c'est la conscience collective qui dirige et qui enchaîne les consciences individuelles; suivant la formule de G. Cornil (*Ancien droit romain, Le Problème des origines*, p. 22), « la source des règles du droit se trouve, à vrai dire, dans la vie sociale elle-même ».

Mais cet enfantement du droit par la volonté collective peut être plus ou moins direct, plus ou moins spontané; de là, la distinction, traditionnelle et nécessaire, des sources du droit en deux catégories : la *coutume* et la *loi*, en prenant ces mots dans leur plus large acception.

Entre ces deux forces créatrices du droit, l'antithèse est saisissante.

17. Droit coutumier et droit écrit : traits distinctifs de ces deux procédés de révélation du droit. — I. *La coutume.* — Elle agit *lentement* mais *directement.*

1° Elle représente une force *continue* autant que *lente*; elle ne crée le droit que peu à peu, par l'accumulation des décades et des siècles : *longa consuetudo, inveterata consuetudo*, disaient les jurisconsultes romains; elle s'appuie sur la tradition et elle en vit; le droit auquel elle donne naissance a un caractère alluvionnaire. Par exemple, c'est une tradition dans notre pays, que la femme prend, en se mariant, le nom de son mari; en se prolongeant, cette tradition est devenue le droit, elle a créé le droit; la femme mariée avait le droit, même en l'absence de tout texte lui conférant cette faculté, de porter le nom de son mari et d'en faire usage.

2° Si la coutume agit lentement, en revanche elle agit sûrement, parce que *directement*, sans qu'on voie intervenir à son occasion les pouvoirs publics, sans qu'aucun mandataire vienne s'interposer entre la cause et son effet, entre la communauté sociale et la règle qu'elle se donne, par ce procédé rudimentaire; comme le dit un de nos vieux auteurs, Guy Coquille, ici *c'est le peuple qui fait la loy*; le droit se dégage du tréfonds de l'âme nationale; comme la langue elle-même, il est le produit d'une *génération spontanée*; il est un *droit intuitif.*

A ces deux caractères, que présente le droit coutumier, on serait tenté d'en ajouter un troisième : n'est-il point nécessairement un *droit non écrit*? Oui, sans doute, en ce sens qu'il doit n'avoir point fait l'objet d'une codification, d'une

rédaction officielle de la part des pouvoirs publics, sans quoi il deviendrait alors la loi; mais non, en ce sens que sa nature ne serait point influencée par une rédaction et par une publication dont il aurait été l'objet de la part des particuliers, si qualifiés fussent-ils, par leur science et par leur réputation, pour réaliser cette tâche; une coutume reste telle, encore qu'elle ait été exposée, décrite et analysée par des juristes, fût-ce sous une forme systématique, dans un traité, un recueil ou un répertoire; le droit coutumier n'est pas nécessairement un droit abscons et ésotérique; il s'accommode de la publicité et de la clarté, il reste fidèle à ses origines et à sa nature aussi longtemps qu'il n'a pas reçu l'estampille officielle des pouvoirs publics.

18. — II. *La loi.* — Elle émane de pouvoirs spécialement constitués à cet effet; plus spécialement, dans notre droit positif français, elle est l'œuvre des deux Chambres : le Sénat et la Chambre des députés; elle est un acte d'autorité; aussi comprend-on qu'elle agisse *rapidement*, mais *indirectement*.

1° *Rapidement* et même brutalement; d'un jour à l'autre, une règle de droit peut être abolie ou modifiée ou instituée par le pouvoir législatif; et, par exemple, le mariage, jusque-là indissoluble du vivant des époux, va pouvoir désormais se dissoudre par le divorce; ou bien tel acte, licite jusqu'alors, va être subitement érigé en délit, tel le fait de fondre ou d'exporter des pièces de monnaie (L. 12 fév. 1916; L. 20 oct. 1919), ou le fait, pour le prêteur d'une somme d'argent, d'en stipuler de l'emprunteur des intérêts anormaux et excessifs (D.-L. du 8 août 1935, *relatif à l'usure*). Le législateur peut aller au plus pressé; il n'est point tributaire du temps; il crée ou il semble créer le droit de toutes pièces; sans doute, son pouvoir n'est pas illimité; il n'est que l'interprète du sentiment général contre lequel il ne saurait s'insurger de façon brutale et durable, mais il lui est loisible d'opérer rapidement et de retourner soudain la situation juridique.

2° Ce pouvoir lui appartient de par le mandat qui lui a été consenti à cet effet par le peuple; le mécanisme législatif implique une délégation de la puissance législative, et c'est en quoi ce procédé de révélation du droit a un caractère *indirect*; nous n'assistons plus ici à un phénomène de génération spontanée, mais au fonctionnement d'organes imaginés et aménagés en vue d'assurer le dégagement officiel de la règle sociale par les voies les plus rapides, encore que les moins directes, à une sorte d'*étatisation des sources du droit*.

19. Mérites respectifs des deux modes de révélation du droit. — De ces deux techniques de création du droit, la coutumière et la législative, c'est une question de savoir à laquelle il convient de reconnaître la prééminence; la querelle est fameuse entre l'*école classique*, qui voit dans la loi écrite « le verbe parfait du droit » et l'*école historique*, qui accorde ses préférences à la coutume.

Tous les grands législateurs ont cru à la supériorité de la loi écrite; cette croyance leur permettait de s'illusionner sur la pérennité de leur œuvre; les empereurs Justinien et Napoléon pensèrent avoir donné au monde une charte définitive, *ne varietur*, puisque le premier proscrivit tout commentaire, par crainte d'une déformation; puisque le second comptait sur son œuvre législative plus encore que sur ses victoires pour lui assurer l'immortalité; l'un et l'autre pensaient avoir arrêté la vie du droit par une cristallisation de génie.

L'*école historique*, qui a fleuri en Allemagne au début du XIX^e^ siècle, a réagi heureusement contre une telle prétention; elle a montré qu'il ne saurait pas davantage dépendre d'un homme de tarir les sources du droit que d'arrêter un peuple ou une langue dans leur développement; la véritable origine du droit résidera toujours dans les besoins, dans les aspirations de la communauté; de ces besoins et de ces aspirations, le législateur est l'interprète, le traducteur, l'enregistreur, mais non pas le créateur. Puchta, et surtout de Savigny — le véritable chef de l'école historique — ont montré qu'une législation se dégage du tréfonds d'une race, comme sa langue, et que les pouvoirs publics ne sauraient en fausser l'esprit à volonté; il existe une opinion publique qui, dans certains cas, revêt un aspect et une valeur juridiques; il est des courants naturels et si puissants qu'aucune force humaine n'est susceptible de les remonter; une loi qui heurterait de front de telles idées-forces serait vouée à la caducité; elle tomberait d'elle-même. Il est évident, que, dans cette conception historique, la préférence est donnée à la coutume qui, elle, ne se trompe jamais, et qui est une force de la nature, tandis que la loi écrite, œuvre plus ou moins arbitraire, souvent imparfaite, de nos jours surtout, expose le droit à des déformations, à des fausses manœuvres, à des contre-sens : suivant le mot de Montesquieu, « les lois sont établies, les mœurs sont inspirées » (*Esprit des lois*, livre XIV, chap. 12); autant que possible, la parole doit être laissée à la coutume, à la sagesse des nations, à l'esprit de la communauté sociale que d'aucuns rapprochent de « l'esprit de la ruche » chez les abeilles

(S. Tachi, *La souveraineté et l'indépendance de l'Etat*, p. 15).

Ce fut le grand mérite de l'école historique de dénoncer les dangers d'une légifération excessive et d'avoir mis en relief les vertus du droit coutumier. Mais on peut lui reprocher également d'avoir commis des exagérations, emportée qu'elle était par son admiration pour le droit coutumier; en réalité, la loi écrite présente des qualités éminentes qui lui assurent, au moins dans une communauté d'une grande étendue et à civilisation évoluée, un rôle de premier plan :

1° Elle offre une précision et une certitude qui manquent souvent à la coutume, susceptible d'être comprise et identifiée de telle ou telle façon; la carence législative est dangereuse en ce sens qu'elle ouvre la voie à l'arbitraire du juge;

2° La loi tend à la généralité, à l'universalité, au lieu que la coutume a une propension fâcheuse à la dispersion et à la localisation; le droit coutumier est de nature particulariste; le droit législatif a une vertu centralisatrice; rien n'égale une bonne codification pour cimenter l'unité politique d'un pays; aussi est-il arrivé qu'après la dernière guerre, de nouveaux codes ont été mis sur le chantier, surtout dans les pays dont les frontières ont été modifiées (*inf.* n^{os} 51 et s.);

3° Enfin, la technique législative est plus souple et d'un rendement plus rapide que la technique coutumière; à notre époque de vie intense, et alors que les situations économiques et sociales évoluent avec une si foudroyante rapidité, on ne saurait s'en remettre au temps du soin d'arranger toutes choses; la vieille formule anglaise *wait and see* a cessé d'être de mise; il ne suffit plus d'attendre et de voir venir; à peine de se laisser déborder par des événements, il faut intervenir pour mettre le droit en accord avec le fait et faire ainsi l'économie de ces grandes secousses sociales, guerres civiles ou révolutions, qui procèdent le plus souvent d'un retard des institutions juridiques sur les besoins et les aspirations du pays.

Il ne faut donc pas s'étonner si la loi écrite a pris le pas sur la coutume, au fur et à mesure que les relations sociales se sont intensifiées et se sont compliquées, et si le droit coutumier tend normalement à la codification, surtout en matière commerciale (V. Kotaro Tanaka, *Le fonti del diritto commerciale*, p. 6) : on peut dire qu'elle représente le mode de révélation par excellence du droit chez les peuples modernes, réserve faite des races anglo-saxonnes, où la coutume, notamment la coutume générale, la *common law*, a conservé sa suprématie. Mais encore faut-il que le législateur n'abuse

pas de ses pouvoirs et ne légifère pas à tort et à travers et jusqu'à l'outrance. C'est une réserve qui vaut pour tous les temps, plus spécialement pour notre époque où le travail législatif s'accomplit avec une hâte, une fréquence et une incohérence vraiment inquiétantes, au point que certains esprits se demandent si nous n'assistons pas à une faillite de la loi écrite; pour en juger, nous étudierons les sources du droit civil :

1° Dans le *passé*;

2° A l'*époque actuelle*.

Section I

HISTOIRE DES SOURCES DU DROIT CIVIL FRANÇAIS

20. Division générale. — L'histoire de notre droit français se divise, au point de vue des sources, comme sous tous autres aspects, en trois grandes périodes :

1° Celle de l'*ancien droit* qui, coïncidant avec l'ancien régime, se continue jusqu'à la grande Révolution, plus précisément jusqu'au 17 juin 1789, date de la constitution de l'Assemblée nationale;

2° Celle du *droit intermédiaire*, laquelle se confond avec la période révolutionnaire et se clôt par la promulgation de notre Code civil, le 30 ventôse an XII (21 mars 1804);

3° Enfin celle du *droit moderne*, qui s'ouvre avec la grande codification napoléonienne et qui se continue de nos jours.

§ I. — ANCIEN DROIT

21. — Conformément à la méthode que nous nous sommes tracée, nous ne donnerons de cette première période, qui relève essentiellement de l'*histoire du droit*, qu'un aperçu schématique.

22. Pays de droit écrit et pays de coutume. — Notre ancienne France était divisée, au point de vue juridique, depuis le XIIIe siècle et peut-être un peu plus tôt, en deux grandes zones : l'une qui comprenait les pays dits *de droit écrit* et qui étaient demeurés soumis à l'emprise du droit romain; l'autre qui se composait des pays dits *de coutume*, lesquels avaient échappé plus ou moins complètement à cette invasion étrangère et étaient gouvernés par la coutume, c'est-à-dire par les règles de conduite nées sur le sol même de nos anciennes provinces, par un droit du terroir. La ligne de démarcation entre les deux zones était représentée par un

tracé allant approximativement de l'embouchure de la Charente à Genève, les régions situées au sud de cette ligne étant pays de droit écrit, tandis que celles de la partie nord étaient pays coutumiers, réserve faite de l'Alsace, où le droit romain était en vigueur.

C'était là une division capitale qu'il importe d'avoir présente à la mémoire, mais en se gardant de lui donner une signification absolue; d'une part, les pays de droit écrit possédaient néanmoins quelques coutumes, lesquelles y avaient le pas sur le droit romain, mais elles étaient peu nombreuses et, le plus souvent, purement locales; d'autre part, le droit romain n'était pas dépourvu de toute autorité dans les pays dits de coutume; lorsque le droit du terroir présentait des lacunes, force était bien de s'en référer à ses dispositions; seulement on n'était pas d'accord sur l'autorité qu'il convenait de lui reconnaître; alors que, pour certains auteurs, le recours à la loi romaine était alors obligatoire à titre subsidiaire, d'autres jurisconsultes estimaient que le droit romain ne devait être consulté qu'à cause de l'autorité morale inhérente à son excellence et en tant que raison écrite : *ratio scripta*.

23. Rédaction des coutumes. — Toutes ces coutumes, qui couvraient notre ancienne France d'un manteau disparate, présentaient ce double inconvénient d'impliquer une dispersion, une fragmentation du droit qui variait, non seulement de province à province, mais encore de ville à ville, de châtellenie à châtellenie, et aussi de communiquer à la vie juridique une incertitude fâcheuse, car ce n'était pas toujours facilement que l'on pouvait identifier la règle coutumière prétendument applicable dans telle région, et pour une situation juridique déterminée. De là l'idée de fixer le droit des coutumes par écrit; Charles VII prit l'initiative de cette œuvre capitale; par l'ordonnance de Montils-les-Tours, de 1453, il prescrivit la rédaction officielle des coutumes de tous les pays de France. L'œuvre ne devait aboutir qu'au siècle suivant; c'est ainsi que la coutume d'Orléans fut rédigée en 1509, puis celle de Paris en 1510. La première rédaction ne fut d'ailleurs pas toujours définitive : la coutume de Paris devait être l'objet d'une deuxième rédaction en 1580, comme celle d'Orléans, en 1583.

Cette rédaction officielle des coutumes constitue un fait capital dans l'histoire des sources du droit; par elle, *le droit coutumier fut transformé en droit écrit*; il devint la loi au sens générique du mot, ce qui ne veut pas dire que le droit se trouva désormais arrêté dans son évolution, car la tradi-

tion conservait son pouvoir créateur, et, à la suite de cette fixation officielle, la coutume reprit sa marche incessante. Mais il n'en restait pas moins qu'un premier coup était porté à la technique coutumière et qu'on s'acheminait désormais vers la technique moderne de la formation du droit par un acte des pouvoirs publics.

Les coutumes ainsi rédigées furent réunies dans le *Coutumier général de Bourdot de Richebourg*.

24. Les autres sources du droit. — A côté du droit romain, qui était un article d'importation étrangère, et du droit coutumier, qui jaillissait spontanément de la conscience juridique du pays, d'autres sources existaient qui avaient une valeur législative française; deux autorités publiques s'employaient à créer le droit : c'était la *Royauté* et c'étaient les *Parlements*.

25. Les ordonnances royales. — Les rois eurent toujours, en France, la puissance législative, et cette fonction se développa en même temps que l'autorité royale, jadis comprimée par le régime féodal, puis triomphante. Les ordonnances rendues par les souverains s'appelaient *édits* lorsqu'elles visaient un objet spécial, et *ordonnances proprement dites*, *stricto sensu*, lorsqu'elles présentaient une plus vaste envergure. Certaines d'entre elles furent de la plus haute importance : ordonnances de Villers-Cotterets de 1539, sur *le fait de la justice*; de Moulins, en 1566, sur *la réforme de la justice*; de Blois, en 1579, sur *la police générale du Royaume*; au XVII^e^ siècle, les grandes ordonnances de Colbert; au XVIII^e^, celles du chancelier d'Aguesseau. La Royauté coopéra ainsi puissamment à la centralisation juridique du pays, puisque les ordonnances qu'elle rendait avaient force obligatoire dans le Royaume tout entier, aussi bien en pays de droit écrit que dans les régions coutumières. Sans doute, elle fut souvent entrecarrée dans son œuvre par la résistance des Parlements, qui se refusèrent parfois à enregistrer certaines ordonnances, avec remontrances à l'appui. Mais on sait que le roi pouvait triompher de cette opposition en tenant un *lit de justice*, c'est-à-dire en se rendant lui-même devant le Parlement récalcitrant et en faisant enregistrer sous ses yeux sa propre ordonnance.

26. Les arrêts de règlement. — Les Parlements avaient d'autres attributions qui les faisaient participer effectivement à la puissance législative : ils créaient le droit en rendant des *arrêts de règlement*. Ces arrêts ne tranchaient

pas un litige déterminé; ils étaient pris en vue de l'avenir; c'étaient des arrêts de principe, non d'espèce. Le Parlement annonçait que, désormais, il trancherait telle question dans tel sens; il réglementait, il légiférait véritablement, non pas pour tout le pays, sans doute, mais pour les régions comprises dans son ressort, et avec cette réserve qu'il lui était interdit de modifier le droit existant; son pouvoir était d'ordre subsidiaire et supplétoire. Et c'est fort heureux, étant donné qu'il existait treize Parlements — non compris les quatre Cours souveraines — lesquels réglementaient à leur guise, introduisant ainsi, dans les sources du droit, un nouvel élément de particularisme et de dispersion.

27. Droit canonique. — Enfin, il faut ajouter que notre ancienne France recevait l'empreinte du *droit canonique*, créé et appliqué par l'Eglise et se composant tant des *décisions des conciles* que des *décrétales des papes*. Les tribunaux ecclésiastiques, les *officialités*, avaient su fort habilement développer leur compétence en y attirant toutes les causes qui touchaient, si peu que ce fût, à un sacrement ou à un article de foi, de sorte que le droit canonique était devenu le rival du droit civil; cette rivalité se reflétait et dans le fond même du droit et dans la procédure et jusque dans l'enseignement; on était docteur en droit canon ou en droit civil, ou bien, cumulant les deux titres, docteur *in utroque jure*. Ce fut une des tâches essentielles de la Royauté de lutter contre cette emprise du droit ecclésiastique, de refouler la compétence des officialités dans des limites plus raisonnables et de préparer *la laïcisation du droit*, indispensable à sa centralisation.

28. — En somme, ce qui frappe le plus, lorsqu'on étudie les sources du droit dans notre ancienne France, c'est leur dispersion extrême : la règle sociale obligatoire est éparse dans le droit romain, dans les innombrables coutumes générales ou locales, dans les ordonnances, dans les arrêts de règlement, dans les textes du droit canonique; le système juridique de l'ancien régime constituait une mosaïque confinant au chaos.

Aussi comprend-on que des tentatives aient été opérées pour mettre un peu d'ordre dans ce désordre, pour remédier à cette dispersion infinie, pour réaliser cet idéal de toutes les nations solidement constituées : une codification.

29. Les essais de codification. — Pour le droit canonique, l'essai fut couronné de succès; les règles en furent

groupées dans le *corpus juris canonici*, véritable code du droit canon.

D'autre part, nous avons vu que nos anciennes coutumes furent l'objet de rédactions dans le cours des XV^e^ et XVI^e^ siècles. Il s'agit là encore d'une codification, mais combien imparfaite, puisque, outre qu'elle ne concernait que le droit coutumier, elle ne portait pas de remède à la dispersion du droit qu'elle venait au contraire proclamer officiellement, chaque région continuant à être gouvernée par sa propre coutume, désormais transformée en droit écrit.

Ce qu'il fallait, c'était, comme le réclamaient les Etats Généraux à maintes reprises, effectuer une codification qui fût en même temps une centralisation de la règle juridique. Les tentatives qui eurent lieu en ce sens ne furent pas heureuses; la plus connue fut celle à laquelle le chancelier Michel de Marillac attacha son nom (Code Michaud, 1629), et qui échoua devant la mauvaise volonté des Parlements.

Avec Colbert s'ouvre une ère plus favorable à la codification; sous l'impulsion du grand ministre, on vit apparaître une série d'ordonnances qui constituent autant de véritables codes :

En 1667, l'ordonnance sur *la procédure civile*;
En 1669, l'ordonnance sur *les eaux et forêts*;
En 1670, l'ordonnance sur *la procédure criminelle*;
En 1673, l'ordonnance sur *le commerce terrestre*;
En 1681, l'ordonnance sur *la marine*.

Mais le droit civil était resté en dehors de ce grand travail de codification; et ce fut seulement au siècle suivant que le chancelier d'Aguesseau rédigea et publia trois grandes ordonnances (V. Henri Regnault, *Les Ordonnances civiles du chancelier d'Aguesseau*, 1929) où il s'était efforcé de grouper les règles gouvernant trois matières importantes du droit civil :

En 1731, l'ordonnance sur *les donations*;
En 1735, l'ordonnance sur *les testaments*;
En 1747, l'ordonnance sur *les substitutions*.

Les ordonnances ne touchaient qu'à une faible partie du droit civil, et, loin de faire disparaître la dualité des pays de droit écrit et des pays de coutume, la consacraient officiellement par un nouvel hommage, par exemple en établissant des formes de tester appropriées à chacune des deux grandes zones. Malgré tout, la tentative était extrêmement intéressante; elle représentait un louable effort pour juguler le particularisme juridique, un acheminement vers l'unité du droit qui apparaissait désormais comme l'idéal à atteindre.

Cet idéal, il aurait sans doute dépendu de la Royauté de le réaliser; elle ne voulut pas ou elle ne sut pas le donner au pays; avec les grandes ordonnances de d'Aguesseau se termine, dans cette marche vers l'unification du droit, l'œuvre de l'évolution normale : c'est à la Révolution qu'il appartenait de parfaire brusquement la tâche ébauchée et de réaliser, en pleine tourmente, l'unité juridique de la France.

§ II. — LE DROIT INTERMÉDIAIRE

30. Nouvelles tentatives de codification. — La Révolution, en supprimant tous les anciens privilèges, en proclamant l'égalité de tous devant la loi, devait fatalement déterminer une refonte intégrale de notre droit : à une nation une et indivisible, il fallait une même règle sociale obligatoire. Malheureusement, les Assemblées révolutionnaires, absorbées par des préoccupations politiques incessantes, n'eurent guère le loisir de réaliser un tel idéal.

L'*Assemblée constituante* se contenta de faire des promesses : le 5 octobre 1790, elle affirma sa volonté de donner au Royaume un code général; et, plus tard, dans la Constitution même qu'elle donna au pays (3-14 septembre 1791), elle ordonnait la confection d'un code civil commun à tout le pays.

L'*Assemblée législative*, qui lui succéda, n'eut pas le temps de tenir les promesses qui avaient été faites par sa devancière, et ce fut seulement la *Convention* qui les releva; non seulement cette Assemblée vota des lois très importantes — lois du 17 nivôse an II sur *les successions*; du 9 messidor an III, sur le *régime hypothécaire*, etc. — mais encore elle chargea sa commission de législation de rédiger un projet de code civil dans le délai d'un mois. Et effectivement, avant l'expiration de ce délai dérisoire, Cambacérès présenta un projet dont la brièveté, bien excusable, était le moindre défaut, et qui fut rejeté comme trop conservateur, trop imbu des idées du régime déchu. Et, puisque les juristes étaient animés d'un esprit aussi traditionaliste, on décida de s'adresser à des philosophes qui n'hésiteraient pas, sans doute, à rompre délibérément avec le passé pour assurer le plein triomphe des idées révolutionnaires.

Cette solution philosophique du problème législatif ne devait pas sortir des régions de l'utopie; d'ailleurs, Cambacérès rédigea et présenta à la Convention un nouveau projet dont quelques articles furent votés : mais la rapidité et l'importance des événements politiques ne laissèrent pas à la Convention la possibilité d'aller plus loin dans la voie

qu'elle s'était tracée. Bientôt le *Directoire* faisait son apparition, et, avec lui, la Constitution de l'an III; et Cambacérès, dont l'esprit de suite était infini, soumettait au Conseil des Cinq-Cents un troisième projet de code civil, qui ressemblait beaucoup au précédent (24 prairial an IV): le succès ne devait pas davantage couronner ce nouvel effort.

Sur ces entrefaites, surgit le *Consulat*, et, du même coup, s'affirma la Constitution de l'an VIII. Le nouveau gouvernement assista, comme les précédents, à l'échec d'un projet de code civil, le projet *Jacqueminot*; mais cette défaite devait être la dernière; sous l'impulsion vigoureuse du Premier consul, la France allait être dotée d'une série de monuments législatifs tels qu'elle n'en avait jamais connu : la grande codification napoléonienne allait s'édifier sur les ruines du passé aboli; la Révolution avait taillé sans merci; il appartenait au cerveau constructif du nouveau maître de recoudre, et il s'acquitta de cette tâche avec une rapidité, une sûreté et un bonheur qui forcent notre admiration.

31. L'élaboration du Code civil. — C'est le 24 thermidor an VIII (13 août 1800) que le Premier consul nomma une commission de quatre membres chargée de rédiger un projet de code civil; elle avait un caractère extra-parlementaire, composée qu'elle était de techniciens rompus à l'étude du droit : Tronchet, président du tribunal de cassation; Bigot-Préameneu, commissaire du gouvernement près la même juridiction; Malleville, juge au même tribunal; Portalis, commissaire du gouvernement près le tribunal des prises. Le travail se poursuivit sous la présidence de Tronchet et fut achevé dans le délai de quatre mois.

Le projet qui sortit de cette collaboration restreinte, et qu'on appelle *projet de l'an VIII*, ou encore *projet primitif*, fut soumis aussitôt au tribunal de cassation ainsi qu'aux tribunaux d'appel qui formulèrent leurs observations et leurs critiques; après quoi, flanqué de ces documents adventices, il subit l'épreuve de la filière législative. Dure épreuve, car, sous le régime de la Constitution de l'an VIII, le mécanisme était fort compliqué, puisque trois assemblées jouaient alors un rôle plus ou moins effectif dans la confection des lois : le Conseil d'Etat, le Tribunat, le Corps législatif, sans compter le Sénat dont le rôle se bornait à annuler les lois inconstitutionnelles qui lui étaient déférées par le Tribunat.

Entre les trois Assemblées compétentes, une division du travail était instituée : la préparation, la rédaction d'un projet de loi appartenait au Conseil d'Etat dont une section, ordinairement la section de législation, mettait sur pied le

texte, ensuite discuté en assemblée générale. Une fois rédigé et arrêté, le projet était remis par le Conseil d'Etat au Premier consul qui le présentait au Corps législatif, simple formalité puisque celui-ci le transmettait aussitôt au Tribunat où il était discuté. A la suite de ces discussions, ce dernier Corps émettait un avis, lequel ne pouvait être qu'entièrement favorable ou défavorable, le projet ne devant faire l'objet d'aucune retouche, par voie d'amendement; en même temps, le Tribunat désignait trois de ses membres, trois commissaires, pour défendre, devant le Corps législatif, l'opinion, favorable ou défavorable, à laquelle il s'était rangé. Et c'est alors que le projet revenait, pour de bon cette fois, devant le Corps législatif qui entendait les observations présentées, d'abord par trois commissaires du gouvernement, choisis par le Premier consul dans le Conseil d'Etat, puis par trois commissaires du Tribunat. Après quoi, sans avoir pris aucune part à la discussion — de là le surnom de *Corps des muets* qui lui était appliqué — le Corps législatif votait soit pour l'adoption, soit pour le rejet, sans aucune possibilité d'amendement; en cas d'adoption, le projet, devenu la loi, était promulgué par le gouvernement. C'était là un système rigide, celui du *tout ou rien*.

Telle était la filière par laquelle devait passer le projet de Code civil, qui n'était lui-même qu'un projet de loi. Or, il arriva que le Tribunat manqua de docilité; nombre de ses membres estimèrent que le projet, tel qu'il avait été arrêté par le Conseil d'Etat, était trop conservateur, trop attaché aux idées de l'ancien régime, et aussi que certaines dispositions qui étaient inscrites dans le titre préliminaire s'y trouvaient déplacées, à raison de leur caractère doctrinal et philosophique; et comme aucune retouche n'était possible, comme on vivait sous le régime du « tout ou rien », on aboutit rapidement à une impasse. Le premier titre fut rejeté et le suivant allait subir le même sort lorsque le Premier consul, avisé du péril, retira le projet par un message où il était dit que « le temps n'était pas encore venu où l'on portera dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'intention qu'elles demandent ».

Mais ce n'est là qu'une feinte : le chef du gouvernement ne reculait que pour avoir raison de son adversaire; quelques jours après le retrait du projet, il prenait coup sur coup deux mesures d'ordre stratégique : d'une part, il réduisait de 50 % le contingent du Tribunat en faisant porter les éliminations sur les membres hostiles au projet; en sorte que l'Assemblée ne comprit plus que cinquante membres, tous dévoués au Premier consul; d'autre part, il institua le pro-

cédé fort ingénieux de la *communication officieuse au Tribunat* (arrêté du 18 germinal an X. — 8 avril 1802). Désormais, le Conseil d'Etat était tenu de communiquer au Tribunat le projet qu'il avait élaboré, avant même que de le soumettre au gouvernement; cette communication officieuse, « à titre confidentiel », était destinée à susciter les observations et les critiques du Tribunat, à provoquer un échange de vues entre les deux Assemblées et à réaliser leur accord; de cette façon, lorsque le projet revenait plus tard devant le Tribunat, officiellement et par le canal du Corps législatif, son adoption n'était plus qu'une simple formalité. On arrivait ainsi à restituer au Tribunat, par une voie officieuse et oblique, ce droit d'amendement que la Constitution de l'an VIII lui avait refusé formellement; on assouplissait un système dont la rigidité aurait compromis le succès même de l'œuvre entreprise.

32. Travaux préparatoires. — Grâce à cette double mesure, le travail législatif se poursuivit rapidement : les discussions qui s'instituèrent au Conseil d'Etat, au Tribunat et devant le Corps législatif, ont été rapportées dans certains recueils qui renferment ce qu'on appelle les *travaux préparatoires* du Code civil et dont la lecture est à même d'éclairer parfois le texte de cette œuvre, de faire saisir la pensée du législateur de 1804.

Les recueils les plus connus et les meilleurs sont ceux de Fenet (*Recueil complet des travaux préparatoires*, 15 vol.) et de Locré (*Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol., dont 16 se rapportent au Code civil). Le premier de ces recueils est plus complet que le deuxième; il contient les observations du tribunal de cassation et des tribunaux d'appel, lesquelles ne figurent pas dans la compilation de Locré.

33. Le vote et la promulgation. — Le vote du nouveau Code fut réalisé par tronçons, par séries de lois; il y en eut 36 qui furent adoptées séparément et qui correspondent aux 36 titres du Code. Toutes ces lois, votées distinctement, furent réunies en un seul corps, en un Code unique, par une loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), laquelle ne renouvela nullement les promulgations précédemment effectuées, à des dates successives et différentes, mais se borna à réaliser la synthèse officielle des lois déjà rendues obligatoires isolément, à promulguer le Code civil comme tel.

Cette date est une des plus mémorables de notre histoire, d'autant plus que la loi du 30 ventôse an VII ne se contentait

pas de consacrer l'avènement d'un droit nouveau, applicable à tous; *elle abrogeait encore expressément l'ancien droit, en bloc*; aux termes de son art. 7 : « *A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code.* »

Sans doute, la formule finale de ce texte venait apporter une restriction à la vertu abrogatoire de la loi de ventôse; mais cette restriction était minime : d'abord, parce que les matières non réglementées par le Code étaient fort peu nombreuses, puis parce que, là où l'abrogation expresse ne jouait pas, l'abrogation tacite pouvait faire sentir son action. En fait, l'abolition de l'ancien droit était presque absolue; le vieil édifice, fait de pièces et de morceaux dissemblables, était remplacé par une construction dont la solidité et la pureté de lignes devaient faire l'admiration du monde entier : et avec lui, et par lui, s'ouvre une troisième période, celle du droit moderne.

§ III. — LE DROIT MODERNE

34. Autres codifications. — Les premières années de cette période furent fécondes en œuvres législatives; rapidement, les codifications se succédèrent dans les divers ordres juridiques.

En 1807 [1], le *Code de procédure civile*;

En 1808, le *Code de commerce*;

En 1811, le *Code d'instruction criminelle* et le *Code pénal*;

Puis, faisant suite à l'œuvre napoléonienne et venant la compléter, en 1827, le *Code forestier*;

En 1857, le *Code de justice militaire pour l'armée de terre* (révisé par une loi du 9 mars 1928);

En 1858, le *Code de justice militaire pour l'armée de mer*;

Enfin, dans la période contemporaine, le *Code du travail et de la prévoyance sociale*, et le *Code rural*, lesquels ne sont point encore achevés.

34*bis*. Les Codes mineurs. — Au-dessous de ces monuments législatifs, de grande envergure, on voit figurer de prétendus codes qui ne sont en réalité que des compilations, des recueils de règles jusque-là éparses dans des traités isolés. Ce travail « pour ordre » a été effectué dans différents domai-

[1] Nous envisegeons les dates de la mise en vigueur, non celles de l'achèvement législatif.

nes; c'est ainsi que nous avons été dotés d'un *code de la route* (D. 31 décembre 1922) et qu'une série de décrets sont intervenus qui ont porté codification des droits de *douane*, des droits de *timbre*, des droits d'*enregistrement*, des textes régissant les *valeurs mobilières*, de la législation en matière d'*impôts sur le chiffre d'affaires* (v. six décrets portant la date du 28 décembre 1926); ainsi encore que les textes relatifs aux *habitations à bon marché* ont été codifiés par une loi du 5 décembre 1922, elle-même modifiée à maintes reprises (*Inf.* n° 1538), comme aussi une série de dispositions, jadis disséminées dans de nombreux édits, ordonnances, arrêtés, règlements, ont été ramassées dans la loi du 13 décembre 1926, *portant code du travail maritime* (V. aussi le décret du 24 avril 1936, *portant codification des textes législatifs relatifs à l'organisation et à la défense du marché du blé*). Tous ces recueils de textes, tous ces « collectifs », pourraient être qualifiés de *codes mineurs* afin de les distinguer des véritables codifications qui présentent une autre ampleur et une autre originalité, comme aussi un caractère plus spécifiquement juridique.

35. Plan. — Ces diverses codifications constituent, dans leur ensemble, une œuvre législative imposante; mais c'est du seul Code civil que nous devons ici nous occuper en recherchant :

1° A l'aide de quels matériaux il a été construit;

2° Sur quel plan et d'après quelle méthode;

3° Quels en sont l'esprit et la valeur;

4° Ce qu'il est devenu depuis le 21 mars 1804 jusqu'à nos jours.

Nous jetterons ensuite un coup d'œil sur les codifications étrangères les plus récentes en matière de droit civil [1].

I. Des matériaux à l'aide desquels le Code civil fut édifié

36. — Les rédacteurs firent preuve d'un très grand éclectisme : les différentes sources de l'ancien droit furent toutes mises plus ou moins à contribution; mais c'est assurément au droit coutumier qu'ils accordèrent leur préférence, d'abord parce que, né sur notre sol, il était en intime communion avec nos mœurs et notre civilisation; puis parce que la commission de rédaction était en majorité com-

[1] V. le *Livre du Centenaire du Code civil*; le *Livre-Souvenir des Journées du droit civil français*, à Montréal, et Louis Josserand, *Le Code civil français et ses destinées*, dans *Evolutions et actualités*, p. 9.

posée de ses fervents adeptes, notamment le président Troncher, le droit romain ne comptant qu'un seul défenseur, dans la personne de Portalis.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que le droit romain ait été complètement délaissé; il fut largement mis à contribution, notamment dans la matière des *obligations*, tandis que les ordonnances de d'Aguesseau donnaient les directives pour les *donations*, les *testaments* et les *substitutions*, que la jurisprudence des anciens Parlements fournissait la réglementation de l'*absence* (*inf.* n° 198), du *rapport des dettes*, de la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance (*inf.* n° 1941) et que le droit canonique inspirait certaines solutions relatives au *mariage* : pour chaque partie de l'édifice, on choisissait les matériaux les plus solides, les mieux appropriés au rôle qu'elle était appelée à jouer, en se laissant souvent conduire par le célèbre jurisconsulte Pothier qui fut, suivant un cliché consacré et exact, « le guide habituel des rédacteurs du Code civil ». Assez souvent, ceux-ci ont reproduit textuellement, ou peu s'en faut, des passages des œuvres de Pothier qui écrivait dans une langue simple, précise et limpide; ce sont ces qualités de forme qui ont passé dans notre Code civil; elles ont grandement contribué à son excellence et à l'influence durable qu'il a exercée, qu'il exerce encore dans tant de pays.

II. Plan et Méthode

37. — Les 2.281 articles du Code civil sont répartis dans un titre préliminaire et trois livres.

Le titre préliminaire qui, dans le projet primitif, comportait 39 articles, n'en comprend plus que 6 : les 33 autres ont été supprimés, comme imbus d'un esprit trop purement doctrinal et philosophique; les textes qui subsistent, et qui ont une importance extrême, dépassent le domaine du droit civil pour commander au droit tout entier; c'est ainsi que l'article premier traite de la *promulgation* des lois en général et que l'article 2 contient le grand principe de leur *non-rétroactivité*.

C'est donc avec le livre I^er^ (art. 7) que commence, sinon le droit civil, du moins le droit privé : car les premiers textes, ceux du premier titre du livre I^er^, se réfèrent au droit international privé, non au droit interne; et c'est en réalité seulement avec le titre deuxième du livre I^er^ (art. 34), que s'ouvre le champ du *droit civil positif français*.

Les trois livres reproduisent assez approximativement une division qui avait cours à Rome et que l'on retrouve notamment dans les Institutes de Justinien :

Le livre premier (art. 7 à 515) est consacré aux *Personnes*;
Le livre deuxième (art. 516 à 710), traite des *Biens et des différentes modifications de la propriété*;
Le livre troisième (art. 711 à 2281) est affublé d'un intitulé inexact : « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété.* » Son objet est, en réalité, beaucoup plus vaste; le législateur y décrit les différentes manières dont on acquiert les droits et non pas seulement celui de propriété.
Le plan du législateur peut se justifier; mais l'exécution n'en a pas toujours été satisfaisante : le troisième livre est d'une longueur démesurée (le deux tiers du Code); on y rencontre, tout au début, la matière des *successions* dont la place eût été logiquement à fin d'œuvre: Ce sont là des erreurs de méthode qui seront mieux comprises lorsque nos lecteurs seront plus avancés dans l'étude du droit civil.

III. Esprit et valeur de l'œuvre

38. Eloge. — Le Code civil présente d'admirables qualités :
1° Il constitue un modèle de sagesse et de modération; sollicités par des influences contraires, ses rédacteurs ont su résister à toute exagération, à toute passion; ils ont fait œuvre d'arbitres et non de partisans. Tout en s'inspirant largement des idées révolutionnaires et en consacrant les conquêtes réalisées par la grande secousse dont avait vibré le pays — égalité de tous devant la loi; suppression des classes sociales; inviolabilité de la personne humaine; sécularisation du droit; affranchissement du sol des lourdes charges dont il était écrasé sous l'ancien régime — ils ont su se garder des excès commis par le législateur de l'époque intermédiaire et dont certains constituaient une menace pour le mariage, pour les bonnes mœurs, pour la famille, pour la propriété: ils ont ainsi réussi à trouver une moyenne entre la conception féodale et la conception révolutionnaire dans la position qu'ils avaient choisie une fois pour toutes; ils ont réalisé une œuvre de sagesse et *d'équilibre social*;
2° Ils ont aussi, et très délibérément, fait une œuvre *pratique* : hostiles à l'esprit de système, à la scolastique, aux déclarations de principe, aux exposés philosophiques, ils n'ont jamais perdu de vue qu'un code était destiné à être appliqué, à se réaliser au jour le jour; invariablement, ils ont donné le pas aux exigences de la pratique sur les tentations de la dogmatique; ils ont réduit au strict minimum les conceptions spéculatives, les constructions pures de l'esprit; ils se sont gardés d'étouffer la *science* sous le poids de

la *technique*; pour employer la terminologie de M. le doyen Gény, ils ont fait passer le « *donné* » avant le « *construit* »; ils n'ont pas craint de faire une œuvre simple, et même « terre à terre » qui, suivant l'appréciation d'Albert Sorel, est dépourvue de transcendance et ne vise point au sublime; en quoi ils se sont montrés plus sages que certains législateurs récents qui ont élevé des monuments juridiques, plus imposants peut-être, mais moins commodément habitables;

3° Enfin, la forme ne le cède en rien au fond; elle est digne de lui et elle s'harmonise parfaitement avec lui. La langue des rédacteurs du Code civil est une langue bien française : simple, claire, précise, directe. Elle a fait l'admiration d'hommes experts en la matière, et l'on sait notamment que Stendhal lisait chaque jour quelques articles du premier de nos codes afin d'acquérir les qualités de clarté, de pureté et de précision qui ont contribué à l'établissement de sa suprématie.

On comprend que de telles qualités aient provoqué de toutes parts un concert de louanges et que notre Code civil ait été considéré comme « le droit commun des nations civilisées » (Troplong), comme « le code du monde civilisé moderne » (Thiers), qui « procura la paix sociale comme une bonne hygiène procure la santé » (Albert Sorel, *Livre du centenaire du Code civil*, Introduction, p. xxix).

Cependant, les critiques ne lui ont pas été épargnées, depuis un demi-siècle surtout.

39. Les critiques. — Parmi elles, deux méritent de retenir l'attention :

1° On a reproché au Code civil d'avoir fait preuve d'une trop grande tendresse pour les classes moyennes, pour les possédants; de s'être occupé du propriétaire plus que de l'ouvrier, du capitaliste plus que du travailleur, du maître plus que du domestique (par exemple dans l'art. 1781, depuis longtemps abrogé; *inf.*, t. II, n° 1270); d'être, en un mot, un Code bourgeois. (Voir l'étude publiée par M. Tissier, *Livre du centenaire du Code civil*, p. 71 : « *Le Code civil et les classes ouvrières.* »);

2° On lui a fait un autre grief : celui d'être imbu d'un esprit trop individualiste et de refléter, vis-à-vis des groupements, des associations, du droit corporatif en général, une hostilité nettement avouée.

Les deux reproches sont exacts, mais ils ne sont aucunement fondés en ce sens qu'on ne pouvait cependant pas exiger des rédacteurs du Code civil qu'ils eussent la prescience du mouvement social, industriel, économique qui

s'est poursuivi au cours du XIX^e^ siècle et qui n'a fait que s'accélérer depuis l'avènement du XX^e^, pas plus qu'on ne pouvait leur demander de s'abstraire de la Déclaration des Droits de l'homme, laquelle constitue le plus beau monument qui ait jamais été élevé à l'individualisme juridique. C'est pour la société du début du XIX^e^ siècle que Tronchet et ses collaborateurs ont légiféré, et non pas pour celle du XX^e^ siècle; ils ont marqué de l'empreinte législative les conquêtes de la Révolution; le leur reprocher serait tout aussi injuste et inconséquent que de faire grief à Napoléon de n'avoir pas eu recours, pour triompher sur le champ de bataille de Waterloo, à l'aviation ou à la télégraphie. Le rôle d'un législateur n'est pas de réaliser des anticipations, mais de travailler pour le milieu et pour l'époque dans lesquels il évolue; et c'est là un devoir dont les rédacteurs de notre Code se sont acquittés en conscience et avec un plein succès.

40. — Mais il est certain que, depuis un siècle et quart, notre société s'est profondément transformée; la législation tissée pour la France du premier Empire ne donne plus toute satisfaction à la France de la troisième République, et surtout à la France d'après-guerre; les lois vieillissent comme toutes choses; il appartient aux pouvoirs publics et à la coutume de les adapter aux situations nouvelles. Le Code civil, quelle que fût son excellence, n'a pas échappé à la loi suprême de l'évolution; il n'a plus, de nos jours, la même figure qu'en 1804; nous allons nous en rendre compte en retraçant sommairement son histoire depuis cette époque.

IV. Histoire du Code civil

41. — Cette histoire doit être envisagée par rapport à notre pays, et aussi vis-à-vis de l'étranger, car notre Code civil a rayonné intensément au delà de nos frontières.

42. I. Le Code civil en France. — Les diverses éditions officielles. — Le Code civil compte trois éditions officielles : la première qui suivit sa promulgation; la deuxième qui eut lieu en 1807; une troisième qui porte la date de 1816 et qui ne fut suivie d'aucune autre. Ces différentes éditions portent l'empreinte des régimes politiques sous lesquels elles virent le jour : dans la première, la nouvelle codification s'appelle *Code civil*; il y est question de la République et du Premier consul; dans la deuxième,

l'œuvre est baptisée *Code Napoléon*, il y est parlé de l'Empire et de l'empereur; tandis qu'avec la troisième, on en revient à l'appellation de *Code civil* et on s'en réfère au Royaume, au roi, au procureur du roi. Ces diverses versions ne furent donc, en somme, que des changements d'enseigne; elles ne touchèrent pas à l'œuvre qui demeura identique à elle-même, mais qui, par la suite, changea encore une fois de nom, car un décret du 27 mars 1852 lui restitua, sous le second Empire, son appellation de *Code Napoléon* qui lui appartiendrait de nos jours encore si l'usage n'en avait décidé autrement en lui restituant ce nom de *Code civil* par lequel on le désigne invariablement depuis de longues années; à tel point qu'une proposition tendant à lui conférer officiellement ce titre fut repoussée par l'Assemblée nationale (18 mai 1872) pour cette raison que l'usage avait déjà opéré le rétablissement que l'on voulait effectuer : ce petit détail d'histoire a son importance, car il nous fait saisir sur le vif *la force créatrice de la coutume*.

43. Les éditions privées. — De nombreuses éditions du Code civil ont paru dans le commerce : les unes de grand format (Code Rivière; Code Carpentier); les autres de format portatif, très suffisantes et composées avec beaucoup de soin (notamment Code Dalloz et Code Carpentier, le premier plus complet, le deuxième plus maniable); enfin, les *éditions annotées* qui contiennent le commentaire du Code civil et jouent le rôle, dans une certaine mesure, de répertoires de jurisprudence (*Codes civils annotés* de la maison Dalloz; de la maison Sirey; de M. Fuzier-Hermann) : elles comprennent toutes un certain nombre de gros volumes et sont recommandables au praticien plutôt qu'à l'étudiant qui peut se contenter du format portatif.

44. Les modifications apportées au Code civil. — Au cours d'un siècle et quart, le Code civil a été l'objet de remaniements innombrables destinés, soit à en combler les lacunes, soit à en modifier les dispositions : œuvre d'adaptation, toujours sur le chantier et jamais achevée. Les lois qui ont réalisé ce travail de rénovation sont à ce point nombreuses et importantes qu'un civiliste a pu écrire que « notre Code civil est, en 1904, presque aussi éloigné du Code de Portalis et de Tronchet que celui-ci l'était de la coutume de Paris » (Planiol, *Livre du centenaire du Code civil*, p. 955); elles ont été, pour la plupart, intégrées dans le Code civil lui-même dont nombre de textes ont été allongés, raccourcis ou, plus rarement, supprimés; mais il en est qui

sont demeurés en marge de la grande codification qu'elles ont modifiée sans y pénétrer matériellement (par exemple, lois du 23 mars 1855 sur la transcription; du 10 août 1927 sur la nationalité).

La plupart des réformes effectuées se rattachent à un petit nombre de directives qui, depuis un quart de siècle surtout, ont une valeur constante : on s'efforce de protéger les faibles contre la tyrannie des forts; de faciliter le mariage; d'améliorer la condition de la femme mariée; de donner aux actes juridiques importants et aux situations juridiques une publicité de plus en plus effective; de développer et d'aménager le crédit; de faciliter l'accession de tous à la petite propriété foncière; de rendre plus effective la responsabilité, et, du même coup, la solidarité humaine, etc.

45. La question de la révision du Code civil. — L'évolution dont le droit civil a été et continue d'être l'objet devait faire se poser la question de la revision du Code de 1804 : en dépit des retouches partielles qui y sont apportées, ne risque-t-il pas de se trouver en désaccord avec le milieu social où il se réalise? Une charte nouvelle ne doit-elle pas être donnée à une société nouvelle?

La question fut vivement et éloquemment débattue en 1904, lors de la célébration du centenaire du Code civil : jamais il ne fut autant question d'abattre ou de transformer cet édifice qu'au cours des solennités destinées à en exalter le mérite et à en perpétuer la gloire. Les deux thèses opposées trouvèrent deux brillants protagonistes dans M. Larnaude, auteur d'une étude intitulée : « *Le Code civil et la nécessité de sa revision* », et dans M. Planiol, qui plaida l' « *Inutilité d'une revision générale du Code civil* » (*Livre du centenaire du Code civil*, pp. 901 et 955). M. Larnaude montre que nous n'avons plus qu' « un droit civil fragmentaire, fait de pièces et de morceaux, compliqué et déparé par de trop nombreuses lacunes »; des institutions ont pris un développement immense qui ne sont pas même nommées dans notre Code civil, telle l'assurance sur la vie, alors qu'on rencontre à l'inverse dans cette œuvre vieillie des « parties mortes »; le moment est venu de fixer la règle sociale dans une codification d'ensemble, harmonieuse et complète. A quoi M. Planiol riposte que le Code civil de 1804 n'est nullement demeuré figé dans sa gloire, mais qu'il s'est assoupli continuellement sous les efforts du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine; à quoi bon parler de revision, alors qu'elle se fait tous les jours progressivement? Mieux vaut cette revision continue et lente qu'une revision

totale et brutale qui bouleverserait les relations juridiques pour longtemps; « un Code tout neuf est un outil incommode »; on ne sait comment s'en servir, comment interpréter ses dispositions; et vraiment « ce serait folie de raser le château pour changer quelques poutres et quelques ardoises. Les inconvénients certains et les risques possibles d'une telle opération en dépassent de beaucoup les avantages ».

Il est certain que la revision, la refonte ou la réfection d'un Code sont une entreprise périlleuse : il en résulte, notamment, et pour longtemps, un état de stagnation et d'insécurité, nul ne sachant comment les textes nouveaux seront compris et appliqués par la jurisprudence; et aussi un état de stérilisation pour la science, car les auteurs s'assignent alors pour tâche presque exclusive de déchiffrer, d'épeler le nouveau texte en faisant un sort à chaque mot, à chaque virgule. En revanche, il faut bien convenir qu'un code récent étend, plus facilement qu'une œuvre vieillie, son influence à l'étranger : les peuples qui veulent se donner une législation nouvelle, regardent vers les instruments législatifs de la dernière époque plutôt que vers les codes centenaires.

En tout cas, le jour où la cause de la revision l'emportera, il faudra, de toute nécessité, édifier le nouveau Code non point en suivant la filière législative ordinaire, laquelle ne manquerait pas de donner de cruels mécomptes, mais en recourant à des techniciens rompus à la langue et à la science juridiques; il faudra reprendre la méthode de Bonaparte et confier à des juristes, pris en dehors du Parlement, le soin d'élaborer un projet. L'incohérence des lois récentes et des décrets-lois montre bien qu'on ne saurait s'improviser juriste et qu'aucune œuvre législative digne de ce nom n'émanera jamais d'Assemblées qui sont essentiellement des corps politiques, mal préparées à un travail exigeant de ceux qui s'y consacrent, science, sagesse, réflexion et pondération.

En attendant le jour, sans doute encore lointain, de sa revision, le Code civil gagne sans cesse du terrain, au sens propre du mot, grâce à son extension aux colonies et à sa réintroduction en Alsace et en Lorraine.

46. L'extension du Code civil aux colonies françaises. — Une série de décisions ont réalisé cette extension, et à des dates très différentes suivant les colonies : pour *la Réunion*, *la Guadeloupe*, *la Martinique*, *la Guyane*, ce résultat fut acquis au lendemain même de la promulgation, en 1805 et 1806, tandis qu'il se fit attendre pour *la Cochinchine*

jusqu'en 1854, et, pour les jeunes colonies, jusqu'à la période contemporaine (1896 pour *Madagascar*).

L'*Algérie*, qui ne constitue pas une colonie et qui est unie à la métropole par les liens les plus directs et les plus puissants, fut soumise à la législation française, dès 1830, par application du droit de conquête.

47. La réintroduction du Code civil en Alsace et en Lorraine. — La récupération de ces deux provinces, prononcée par le traité de Versailles à la suite de la guerre de 1914-1918, souleva un problème d'ordre législatif fort délicat : les lois françaises allaient-elles rentrer en vigueur, du jour au lendemain, dans les pays désannexés? Un changement de front, aussi brusque, aurait présenté de très graves dangers; de toute nécessité, il fallait ménager la transition. Aussi, la loi du 17 octobre 1919 décida-t-elle que la législation allemande demeurerait en vigueur dans les pays recouvrés; si bien que l'unité assurée par Bonaparte se trouvait désormais rompue; le territoire français subissait l'application de deux droits coexistants et fort dissemblables, le droit français et le droit allemand, en sorte que, comme dans notre ancienne France, des conflits de lois redevenaient possibles à l'intérieur des frontières.

Cette situation n'était que transitoire; la réintroduction des lois françaises en Alsace et en Lorraine a été préparée par un Comité consultatif et réalisée par diverses lois, spécialement, pour ce qui est du droit civil, par une loi du 1er juin 1924. Aux termes de l'article premier, le Code civil français est mis en vigueur dans les trois départements recouvrés « *à partir du premier jour du septième mois qui suivra la promulgation de la présente loi* », soit à dater du 1er janvier 1925.

Certaines matières sont d'ailleurs exclues de cette mesure d'extension et demeurent réservées; elles continuent à être régies par le droit local, soit à raison de sa supériorité sur notre droit français, soit pour ne pas heurter de front les habitudes des populations (*livre foncier*, *contrat d'assurances*, *partage*, etc.). Cette survivance exceptionnelle du droit local devait être limitée à une période de dix années à compter de la mise en vigueur des lois civiles françaises (L. 1er juin 1924, art. 14); mais ce délai a été prorogé jusqu'au 1er janvier 1945 par l'article premier de la loi du 23 décembre 1934.

48. Bibliographie. — On trouvera des renseignements sur le droit applicable en Alsace et en Lorraine, soit dans le

Répertoire juridique d'Alsace-Lorraine, publié par M. Niboyet, soit à l'occasion des différentes matières, dans le *Traité pratique de droit civil*, de MM. Planiol et Ripert (*Inf.* n° 93).

49. II. Le Code civil à l'étranger. — L'histoire de l'influence du Code civil à l'étranger est particulièrement flatteuse pour notre amour-propre national; cette influence s'est exercée sur l'*Europe presque entière* (réserve faite de la Grande-Bretagne), sur une bonne partie des *Amériques*, sur le *Japon* et aussi, dans une certaine mesure, sur l'*Egypte*, soit sur quatre parties du monde.

Il faut d'ailleurs noter que les nations étrangères reçurent l'empreinte dans des conditions très différentes; pour nombre d'entre elles, elle fut la suite de la conquête; partout où Napoléon étendit sa domination par les armes, il se hâta de la confirmer par son Code; et c'est ainsi que notre législation fut imposée à la Belgique, au Luxembourg, à la Prusse rhénane, à l'Italie en 1806, à la Hollande en 1810 (pour prendre date au 1er mars 1911). Pour d'autres pays, au contraire, la pénétration se produisit par la voie pacifique : pour le Hanovre par exemple, pour certains cantons de la Suisse, pour le grand-duché de Varsovie : ce furent là les succès les plus flatteurs puisqu'ils étaient dus uniquement à l'autorité morale, à l'excellence de notre Code civil et à la force éducatrice de l'esprit français; ils se firent sentir jusqu'au *Canada*, dans la province de *Québec*, dont le Code civil est, à vrai dire, tributaire de la Coutume de Paris plus encore que du Code français [1]; jusque dans les Républiques de l'Amérique du Sud qui se sont étroitement inspirées, pour la rédaction de leur législation civile, de notre Code Napoléon (*Bolivie*, *Uruguay*, *République argentine*), et jusqu'au *Japon* où la confection d'un Code civil fut confiée à un professeur de nos Facultés de droit, M. Boissonade; il fut promulgué en 1890, puis aboli avant même d'avoir été mis en vigueur; mais son successeur, promulgué en 1896 et entré en application en 1898, a hérité de certaines de ses qualités et n'a pu échapper entièrement à son influence (V. N. Sugiyama, conférence sur *Les transformations du droit civil japonais et l'influence du droit français* donnée à l'Univer-

[1] On lit, dans la préface de la dernière édition (1934) de ce code : « Notre Code civil, dont les fortes racines ont été transplantées du sol de France en terre canadienne, est comme un arbre aux rameaux puissants qui s'étendent sur tout le territoire de la province... ». Comp. P.-B. Mignault, *Le Code civil au Canada*, *Livre du Centenaire du Code civil*, p. 723.

sité de Lyon, en 1934, dans la *Revue* de cette Université; et communication du même professeur, *Le Droit comparé et la mission du Droit japonais*, dans le *Bull. soc. lég. comp.*, 1935, p. 281, ainsi que le livre du même auteur, *Ma mission en France*, pp. 93 et s.).

Il faut cependant reconnaître que, de nos jours, les peuples qui, réalisant leur unité politique ou se rénovant, ont tenu à se donner un nouveau code, ont tourné leurs regards du côté des codifications récentes plutôt que vers le Code Napoléon, et cela surtout parce qu'on considère que l'œuvre du Premier consul a été dépassée par notre jurisprudence, si bien que sa lecture ne donne donc plus une idée entièrement exacte du droit actuellement en vigueur dans notre pays : c'est ainsi que le nouveau Code civil de la *Turquie* est une reproduction presque intégrale du Code civil de la *Suisse* (*inf.* n° 55), ainsi également que les nouveaux codes ou projets de codes *yougoslaves* et *roumains* s'inspirent des législations allemande et autrichienne. Mais, en *Perse*, le Code civil iranien de 1928 procède étroitement de notre Code civil dont il reproduit même textuellement divers articles (v. Amir-Soleymani, *La formation et les effets des contrats en droit iranien*, thèse, Paris, 1936, pp. 42 et s.).

Le Code Napoléon est resté en vigueur, de nos jours et en principe, tant en *Belgique* que dans le *Grand-Duché de Luxembourg*. (V. Solus, *Les transformations du droit civil luxembourgeois depuis 1804*, *Bull. soc. lég. comp.* 1937, p. 41.)

50. Bibliographie. — Sur l'influence exercée par notre Code civil à l'étranger, notamment dans les *pays rhénans*, en *Belgique*, au *Canada*, en *Egypte*, en *Italie*, au *Japon*, dans les *Pays-Bas* (v. pour ce pays, une conférence du professeur Paul Scholten, *L'influence du droit civil français sur le droit civil hollandais*, dans les *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, 1936, p. 177), en *Roumanie* et dans le canton de *Genève*, il est très instructif de consulter tant le *Livre du centenaire du Code civil*, dont la troisième partie — pp. 587 à 900 — est consacrée précisément au « *Code civil à l'étranger* », que le *Livre-souvenir des Journées du droit civil français* (*Mission* Jacques Cartier), publié en 1936, par le barreau de Montréal, dont la troisième partie (pp. 673 et s.) traite de l'influence du Code français au *Japon*, en *Suisse*, dans les *Pays-Bas*, dans la *République argentine*, à *Haïti*, au *Mexique*, au *Paraguay*, etc.

V. Les codifications récentes du droit civil à l'étranger

51. — A l'étranger, les deux codifications les plus représentatives, à l'heure actuelle, sont le *Code civil allemand* de 1900 et les nouveaux *Codes des Soviets*; mais la législation la plus heureusement aménagée, à notre avis, est celle de la *Suisse* (Code civil fédéral et Code fédéral des obligations); et le nouveau *Code civil de la République de Chine* est fort intéressant, comme aussi le récent *Code des obligations* de la République de *Pologne*.

52. Le Code civil allemand. — C'est une œuvre importante, qui est constamment mise en parallèle avec le Code civil français.

A certains égards, sa supériorité est incontestable; d'abord et surtout, elle possède celle de l'âge; élaborée au déclin du XIX^e^ siècle, elle a pu enregistrer des développements et des constructions juridiques et elle abrite des institutions dont les rédacteurs de notre Code civil n'avaient pas pu, et pour cause, se préoccuper. Elle présente encore cet avantage d'avoir été mûrement préparée, pendant de longues années : c'est en 1874 que fut désignée la Commission chargée de jeter les premières bases et c'est seulement en 1887 que le projet fut soumis au chancelier de l'Empire. Après quoi il subit, pendant dix années, l'épreuve de la critique des corps compétents; une enquête immense et permanente fut instituée à son sujet. Et c'est seulement en 1896 que la promulgation fut effectuée qui ne devait d'ailleurs pas entraîner aussitôt la mise en vigueur du nouveau Code, laquelle fut différée jusqu'au 1^er^ janvier 1900. En retardant ainsi la mise en application de la nouvelle législation civile, on voulait ménager la transition entre le passé et l'avenir et permettre aux intéressés de prendre leurs mesures en vue de se garer du changement de législation; et puis, le Kaiser tenait à ce que le nouveau Code ouvrît le nouveau siècle; malheureusement, il n'avait pas songé que, pour faire un siècle, il est besoin de cent années, et que l'année 1900 faisait donc partie intégrante du XIX^e^ siècle; en sorte que la codification monumentale se trouva de clore les temps révolus au lieu d'inaugurer une ère nouvelle.

Elle présente, à côté de qualités incontestables, des défauts non moins certains : elle est une œuvre essentiellement dogmatique, écrite dans un style lourd et indigeste; elle est à la

fois technique et abstraite. Le législateur allemand a pensé tout résoudre, tout prévoir en faisant appel à une technicité aussi poussée que possible; il a réussi dans une certaine mesure, mais ce fut au détriment de la clarté et de la vie; l'œuvre est imposante assurément, et elle force le respect; mais elle est doctrinale plutôt que pratique et vivante.

Plusieurs *traductions* ont été données en langue française : celle de M. de Meulenaere, conseiller à la Cour de Gand; et celle, bien préférable, qui a été publiée sous les auspices du ministère français de la Justice et qui comporte d'excellents commentaires émanant de juristes éminents, notamment de Saleilles (3 vol. sortis de l'Imprimerie nationale, deux éditions).

53. Le Code civil fédéral suisse. — La Confédération helvétique possède un Code civil moderne qui a été préparé, comme le précédent, avec le plus grand soin; un avant-projet fut d'abord rédigé par le professeur Eugène Huber, de l'Université de Berne, puis soumis à une commission extra-parlementaire; il fut présenté officiellement à l'Assemblée générale le 28 mai 1904, puis voté par les deux Chambres à la date du 10 décembre 1907; la mise en vigueur en fut reportée au 1er janvier 1912.

Cette codification comporte trois textes, allemand, français, italien, ayant une valeur égale : aucun d'eux ne peut être considéré, vis-à-vis des autres, comme une traduction. Ainsi l'exigeait le caractère trilingue de la population helvétique.

Ce code, qui s'inspire à bien des égards du Code civil allemand de 1900, surpasse, à notre sentiment, le modèle, parce que moins dogmatique et plus souple; et aussi parce qu'il est davantage imprégné des idées modernes d'égalité et de solidarité, parce qu'il est enfin vraiment démocratique, dans le bon sens du mot. D'autre part, au lieu de prétendre tout prévoir et tout régenter, le législateur suisse s'est contenté de poser les principes, s'en fiant pour le reste à la sagesse du juge et du juriste; il a fait ainsi une œuvre libérale et souple qui ne risquera pas de tarir les sources, de paralyser l'évolution du droit.

Cons. le *Manuel de Droit civil suisse*, par V. Rossel et Mentha, 2 vol. et, dans le *Livre-souvenir des Journées du Droit civil français*, publié par le barreau de Montréal, le rapport de M. Paul-E. Hartranft : *Le Code Napoléon et le Code civil suisse*.

La Suisse possède également un *Code fédéral des obligations*, du 30 mars 1911, œuvre fort importante et de

grande allure. Il en existe un bon commentaire, en français, de Fick et Porret, en 2 volumes.

54. — *La République des Soviets* a procédé d'urgence à la refonte de sa législation : elle possède notamment un *Code civil*, entré en application à la date du 1er janvier 1923, mais remanié et complété à maintes reprises, et un *Code des lois sur les actes d'état civil, le droit du mariage, de la famille et de la tutelle*, publié pour la première fois en 1918, puis revisé en 1922. On trouvera la traduction de ces deux codifications, due à M. Patouillet, professeur à la Faculté des Lettres de Lyon, dans la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*, t. IX et XXIV. (V. aussi, le *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, par MM. Eliachevitch, Tager et Nolde, 3 vol., Paris, 1930.)

Assurément, la rédaction de ces deux codes, plusieurs fois modifiés déjà, a été hâtive et la teneur en est fort succincte (435 articles pour le Code civil, 246 articles pour le Code de la famille) ; d'autre part, le travail a été fait, non pour une nation à vrai dire, mais pour un parti, pour une classe, celle des ouvriers et des paysans. (V. la communication du baron Nolde, à la *Soc. de législat. comparée*, dans le *Bulletin* de cette société, 1923, pp. 231 et s.) Mais il faut reconnaître que les directives les plus modernes du droit ont été prises en considération, notamment en matière de responsabilité, et que l'œuvre est intéressante par sa simplicité et sa clarté.

54*bis*. — La *République de Chine* s'est préoccupée, aussitôt constituée, d'élaborer une codification dans les différents domaines du droit, notamment dans celui du droit civil. Une *commission de codification civile* a mis sur pied très rapidement un projet dont les trois premiers livres (*Principes généraux; — des obligations; — du droit des choses*) sont entrés en vigueur au cours des années 1929 et 1930; ils ont été traduits en français par Ho Tchong-Chan, secrétaire de la commission législative (Librairie du *Recueil Sirey*, 1930) et furent rapidement suivis d'un livre IV relatif à la *famille*, entré en vigueur le 5 mai 1931, puis d'un livre V, consacré aux *successions* et appliqué depuis le même jour. L'œuvre, qui ne compte que 1.225 articles, est très moderne, dans le fond et dans la forme, ce qui ne saurait surprendre qui connaît la part prise à son élaboration par le professeur Jean Escarra, conseiller du Gouvernement chinois; comme il est dit dans l'introduction, elle « constitue une adaptation aux besoins de la Chine rénovée, de ce que la science juridique occidentale a produit de meilleur ». (V.

Ann. lég. étrang., 1931, p. 430; Comp. J. Escarra, *Le droit chinois*, pp. 168 et s.)

Quant à la forme, on l'a rendue, à dessein, aussi simple que possible (Introduction, p. xxiv). C'est d'ailleurs la caractéristique des codifications récentes (Suisse, Union des Soviets, Chine) de proscrire soigneusement toute phraséologie scientifique et d'utiliser une langue claire, directe et populaire; à cet égard, notre Code civil français de 1804 est plus actuel, plus « à la page » que le Code civil allemand de 1900, et c'est là une constatation aussi exacte que paradoxale, aussi piquante qu'imprévue.

54*ter*. — La jeune République de *Pologne* a été dotée d'un *Code des obligations*, fort intéressant mais qui, comme son intitulé l'indique, ne contient qu'une partie du droit civil, la plus importante d'ailleurs; les premières bases de cette œuvre furent jetées en 1929; promulgué le 27 octobre 1933, le nouveau code est entré en vigueur à la date du 1er juillet 1934; il comprend 643 articles; il consacre, plus ou moins entièrement, les idées les plus actuelles en matière d'obligations, de contrats et de délits. Une traduction française a été faite par MM. Stefan Sieczkowski et Jean Wasilkowski, avec la collaboration de M. Henri Mazeaud, directeur de l'Institut français de Varsovie; elle est préfacée par M. H. Capitant.

55. — En résumé, l'histoire des sources actuelles du droit, dans les différents pays, met en relief la *tendance commune vers l'unification* : au lendemain de la terrible crise qui a secoué les peuples pendant plus de quatre années, chacun d'eux s'efforce de se ressaisir, de se replier sur soi-même, de réagir contre le particularisme et la dispersion de son droit. Le phénomène s'est fait sentir un peu partout, dans la *Turquie*, qui, dans sa hâte de réaliser l'unité législative, s'est bornée à copier à peu près littéralement le Code civil fédéral de la Suisse et à adopter en bloc le Code fédéral suisse des obligations (les deux codes sont entrés en vigueur à la date du 4 octobre 1926; v. à ce sujet, une communication de M. Secretan, dans le *Bull. de la Soc. de lég. comparée*, 1927, p. 361 et un article de MM. Ebululla et A. Samin, *Le passage des anciennes sources aux nouvelles sources en droit privé turc*, dans le *Recueil d'études en l'honneur de* F. Gény, t. I, p. 126); dans l'*Italie* aussi, qui s'occupe de la modernisation de son Code civil où elle voit, non sans impatience, une « copie maladroite », de notre Code civil français. (V. un article de M. Ricardo Fubini, « *Vers le nouveau Code civil italien* », dans la *Revue trim. de droit civil français*, 1928,

p. 75) dont elle s'inspire cependant dans son projet, parce qu'elle considère qu'il « représente le code à type latin », celui qui répond le mieux à ses traditions juridiques (AZARA, communication sur *La réforme des codes en Italie*, dans le *Bull. de la Soc. lég. comp.*, 1935, p. 307).

La *Pologne*, qui a enfin constitué son unité, est aussi en pleine gestation législative. (V. dans la *Rev. trim.*, 1928, p. 552, un article de KOSCHEMBAR-LYSKOWSKY, *Quelques dispositions générales d'un projet de Code civil polonais*)[1]; le gouvernement de la République *libanaise* a mis sur le chantier une série de codes, rédigés par des professeurs de la Faculté de droit de Lyon, dont deux, celui des *Obligations* et celui de *Procédure*, sont entrés en vigueur à la date du 11 octobre 1934. Il n'est pas jusqu'à l'*Angleterre* et jusqu'aux Etats-Unis, terres classiques de la coutume, de la *Common Law*, où le droit écrit ne soit en progrès, en dépit de la répugnance de la mentalité anglo-saxonne à tout travail de généralisation et de systématisation : malgré tout, la tendance à l'unification l'emportera un jour, ici comme ailleurs, sur les facteurs de particularisme et de dispersion juridiques.

Dans l'*Amérique latine*, le *Brésil* est régi par un code civil, entré en vigueur à la date du 1er janvier 1917 (V. une étude de RODRIGO OCTAVIO, *La codification du droit civil au Brésil*, *Rev. trim.*, 1930, pp. 727 et 1011); le *Mexique*, par un code civil fédéral, promulgué le 30 août 1928 et entré en vigueur le 8 octobre 1932.

Le code civil *japonais*, élaboré de 1893 à 1895, a été promulgué en 1896.

SECTION II

LES SOURCES ACTUELLES DU DROIT ET SPÉCIALEMENT DU DROIT CIVIL FRANÇAIS

Bibliographie. — Nous nous bornons à signaler l'ouvrage de F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 2 vol., 1919; et le *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, 3 vol., 1935.

56. Dualité des sources. — Nous avons précédemment relevé la dualité des sources du droit, à toute époque : à la

[1] V. dans le *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1928, p. 411, une étude de M. H. CAPITANT, *La législation de la Pologne depuis sa libération jusqu'à 1928.*

révélation directe et spontanée, s'oppose l'expression indirecte et réfléchie, œuvre des pouvoirs publics (*sup.* n^os^ 16 et s.). Nous devons rechercher quels sont, dans notre société actuelle, les rôles respectifs de ces deux facteurs du droit : la loi écrite et la coutume.

§ I. LA LOI ECRITE[1]

57. — Nous donnons à ces mots l'acception la plus large qu'ils puissent recevoir, en leur faisant désigner toute règle sociale obligatoire formulée par une autorité compétente et faisant donc partie, par son origine comme par sa forme, du *jus scriptum*.

Mais, ainsi comprise, la loi écrite se ramifie en plusieurs types; le genre comprend diverses espèces car il existe plusieurs autorités, plusieurs pouvoirs investis de la mission de formuler la règle sociale obligatoire, à savoir :

1° Le *pouvoir constituant*, source des *lois constitutionnelles*;

2° Le *pouvoir législatif*, à qui incombe le soin d'élaborer les *lois ordinaires*, proprement dites;

3° Le *pouvoir réglementaire*, source des *décrets* et des *arrêtés*.

58. 1° Le pouvoir constituant et les lois constitutionnelles. — Le *pouvoir constituant*, le plus élevé de tous, est celui dont le rôle consiste à donner au pays sa constitution, à établir la forme du gouvernement et à régler les rapports des pouvoirs publics entre eux. Actuellement, ce pouvoir est dévolu aux deux Chambres, non pas délibérant séparément ainsi qu'à l'ordinaire, mais réunies en *Congrès*, en *Assemblée nationale*. Les actes qui sortent de cette délibération en commun sont bien des lois, mais d'une importance et d'une forme particulière : ce sont des *lois constitutionnelles* qui ne peuvent être abrogées ou revisées que suivant la procédure observée pour les élaborer.

59. 2° Le pouvoir législatif et les lois ordinaires, proprement dites. — Le pouvoir législatif appartient aux deux Chambres — Sénat et Chambre des députés — mais siégeant et délibérant séparément. C'est à elles qu'il échoit de faire la loi, tout court, en tombant d'accord sur un même texte, par elles successivement et isolément adopté.

[1] V. F. Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne*, dans le *Livre du Centenaire*, p. 989; Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, thèse, Paris, 1930.

Il est noté qu'à certaines époques de notre histoire, les décisions ainsi émanées du pouvoir législatif ont pris le nom de *décrets*; mais le langage est trompeur; il s'agissait bien, en réalité, de véritables lois. C'est ainsi que, pendant la période révolutionnaire, la Constituante, la Législative et la Convention rendirent de nombreux prétendus décrets, qui étaient véritablement des actes législatifs et qui n'ont donc pu être abrogés ou modifiés que par des lois postérieures, non par de simples décrets.

60. 3° Le pouvoir réglementaire et les décrets et arrêtés. — Ce pouvoir, qui est subordonné au précédent, appartient, non pas aux Assemblées législatives, mais à des autorités administratives auxquelles la constitution ou la loi permettent et enjoignent de prendre des règlements d'ordre général, applicables à tout le territoire ou à un département ou à une commune.

Ce pouvoir réglementaire appartient : 1° Au *chef de l'Etat*, qui l'exerce, dans le pays tout entier, en rendant des *décrets*, lesquels prennent le nom de *règlements d'administration publique* lorsqu'ils doivent être obligatoirement délibérés en assemblée générale du Conseil d'Etat;

2° Aux *préfets*, dans l'étendue de leurs départements respectifs : ils rendent, à cet effet, *des arrêtés préfectoraux*;

3° Aux *maires*, dans le ressort de chaque municipalité, et sous forme d'*arrêtés municipaux*.

Ce n'est qu'exceptionnellement que le pouvoir réglementaire est dévolu aux *ministres* dans des matières spéciales (tarifs de chemins de fer par exemple).

Le pouvoir réglementaire du chef de l'Etat est inscrit dans notre constitution même, aux termes de laquelle : « *le président de la République surveille et assure l'exécution des lois* » (loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 3); ce mandat général postule l'existence d'une autorité réglementaire étendue, en vue d'assurer l'observation et l'exécution de la loi; ce qui n'empêche d'ailleurs pas le législateur de consentir fréquemment au chef de l'Etat des attributions spéciales en vue de l'application, de la mise en œuvre d'une loi déterminée (voy. par exemple, l'article 20 de la loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association).

L'autorité réglementaire des *préfets* et des *maires* n'a ni la même source, ni la même étendue que celle du président de la République : ce sont des lois ordinaires qui la leur ont conférée, parfois en des termes compréhensifs et à titre permanent, d'autres fois en vue d'un objet spécial et limité.

C'est ainsi que, d'une part, les maires sont chargés de prendre toutes les mesures de nature à assurer « *le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques* » (loi du 5 avril 1884, art. 97), et que, d'autre part, les préfets ont reçu le pouvoir de réglementer, en cas de déficience du conseil municipal, le statut des employés municipaux (loi du 23 octobre 1919, art. unique, modifiant l'art. 88 de la loi du 5 avril 1884).

61. Nature du pouvoir réglementaire. — On avait jadis une tendance à considérer que les autorités investies du pouvoir réglementaire bénéficient d'une véritable délégation du pouvoir législatif et que les actes qui en émanent constituent une catégorie d'actes législatifs subordonnés et pour ainsi dire de seconde zone (*Sic*, P. Dareste, *Le caractère législatif des décrets coloniaux*) ; cette explication a perdu beaucoup de son crédit; de plus en plus, elle est abandonnée par les publicistes qui estiment que le pouvoir législatif ne se délègue pas et que le pouvoir réglementaire est tout simplement le corollaire de tout pouvoir de commandement (H. Berthélemy, dans les *mélanges* Hauriou, p. 821). L'administration serait impossible si ceux qui l'exercent ne pouvaient pas agir par voie de règlements, lesquels ne sont autres que des actes administratifs ne participant pas de l'essence législative. Aussi comprend-on que ces règlements comportent, en cas d'irrégularité, l'annulation juridictionnelle par le Conseil d'Etat, à la différence des lois dont l'autorité ne saurait être ruinée par aucune autorité, si haut placée fût-elle dans la hiérarchie administrative; de plus, les arrêtés des préfets peuvent être annulés par le ministre compétent, tandis que les arrêtés municipaux, pris irrégulièrement, sont susceptibles d'être annulés administrativement par le préfet. La loi, œuvre du pouvoir législatif, échappe à ces causes de destruction et de caducité. Tout au plus peut-on soutenir que les tribunaux sont fondés à refuser d'appliquer une loi irrégulière dans la forme; mais ils ne sauraient en prononcer la nullité; il n'existe pas, dans notre pays, de juridiction qui soit investie du contrôle de la constitutionnalité des lois, comme l'est, aux Etats-Unis, la Haute Cour fédérale.

62. Les décrets-lois. — C'est là une expression amphibologique, dont on se sert volontiers sans en peser la valeur ou en ayant en vue des situations très dissemblables.

1° Il est advenu, parfois, au cours de périodes troublées de notre histoire, que le chef de l'Etat ou du gouvernement, s'insurgeant contre la Constitution, ait prétendu exercer lui-

même le pouvoir législatif. Ainsi est-il arrivé, en 1851, à la suite du coup d'Etat du 2 décembre et jusqu'à la mise en vigueur de la Constitution du Second Empire, soit jusqu'au 29 mars 1852; et, plus tard, en 1870, depuis la proclamation de la République (4 septembre), jusqu'à la réunion de l'Assemblée nationale (12 février 1871). Les prétendus décrets, pris au cours de ces périodes de crise, par le prince Napoléon et par le gouvernement de Défense nationale, avaient un caractère dictatorial; ils réalisaient la confusion entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; ils méritent donc bien d'être qualifiés de décrets-lois. Leur régularisation fut d'ailleurs réalisée par la suite, aussitôt que les circonstances le permirent; par exemple, l'empereur Napoléon III se hâta de confirmer les décrets-lois pris par le prince-président (art. 58 de la Constitution du 14 janvier 1852);

2° On qualifie parfois de décrets-lois les décisions prises par les grandes assemblées révolutionnaires et qui, en réalité, ne méritent nullement ce nom, car elles constituent de véritables lois, parfaitement régulières (*Sup.*, n° 59);

3° On sait qu'à une époque récente, une loi de finances (3 août 1926, art. premier), a autorisé le gouvernement Doumergue à procéder par voie de décrets, en vue de réaliser des économies dans les services administratifs par voie de « suppression ou fusion d'emplois, d'établissements ou de services », cela jusqu'à la date du 31 décembre 1926. Les décrets pris, par application de cette disposition, sont désignés couramment sous le nom de décrets-lois, dénomination qu'ils ne méritent point tout à fait, puisqu'ils sont soumis à la ratification législative dans les trois mois à compter de leur date, du moins dans la mesure où ils intéressent l'organisation législative (v. par exemple, le décret du 5 novembre 1926, sur la compétence des juges de paix). Plus récemment, une série de décrets-lois sont intervenus, dans des conditions semblables, en exécution de la loi du 8 juin 1935, *tendant à accorder au gouvernement des pouvoirs exceptionnels pour assurer la défense du franc et la lutte contre la spéculation* (décrets Pierre Laval; *D. P.* 1935, 4, 177). Vingt-neuf de ces règlements, portant les dates des 16 juillet, 8 août, 28 septembre, 23 et 30 octobre, intéressent directement le *droit civil*; des centaines d'autres décrets se réfèrent à la *procédure civile*, au *droit commercial*, au Code d'*instruction criminelle*, au Code *pénal*, au Code de *justice militaire pour l'armée de terre*, enfin au Code *rural*. Plus récemment encore, des décrets-lois ont été rendus par le gouvernement Chautemps, en vertu de la loi du 30 juin 1937 *tendant à accorder au Gouvernement des pouvoirs en vue*

d'assurer le redressement financier. Ainsi, dans la période troublée que nous traversons, le décret-loi menace de devenir une source quasi normale du droit. »

63. Disparition de certaines sources du droit. — Diverses autorités eurent jadis le pouvoir de formuler la règle sociale obligatoire à qui cette mission a été retirée;

1° Dans notre ancien droit, les *Parlements* et les autres *Cours souveraines* rendaient des *arrêts de règlement*, c'est-à-dire des décisions de principe qui dépassaient le litige actuel pour régenter l'avenir; on indiquait la solution que l'on donnerait désormais à telle question; par là, les Parlements se liaient eux-mêmes en même temps qu'ils liaient les juridictions inférieures comprises dans leur ressort. Ils firent de cette prérogative de grands abus et ils en dirigèrent souvent la pointe contre la Royauté; aussi, l'un des premiers actes de la Révolution fut-il la suppression des Parlements, dont la lutte contre le pouvoir central avait laissé d'assez fâcheux souvenirs, et l'abrogation de tout pouvoir réglementaire d'ordre juriciaire. Le Code civil s'est conformé au droit révolutionnaire qui trouve, à cet égard, sa consécration dans l'article 5 : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* » Les décisions des diverses juridictions n'ont donc d'autorité que pour le litige à l'occasion duquel elles sont intervenues, et il est interdit au juge d'engager l'avenir : autre chose est le *pouvoir législatif*, qui travaille pour une collectivité et pour les temps à venir, autre chose le *pouvoir judiciaire* qui est enfermé dans des conditions d'espace et de temps strictement mesurées.

64. 2° Les sénatus-consultes. — A de certaines époques, le *Sénat* eut le pouvoir de rendre, à lui seul, sous le nom de *sénatus-consultes*, des décisions obligatoires. Il en fut ainsi sous le Premier et sous le Second Empire. Ces sénatus-consultes avaient ordinairement un caractère politique assez accusé; aussi ont-ils, pour la plupart, disparu; quelques-uns cependant ont survécu, et c'est pourquoi il convenait de signaler une source, depuis longtemps tarie, mais dont subsistent encore quelques traces.

65. Plan. — Nous concentrerons désormais nos explications sur la *loi proprement dite*, celle qui émane du pouvoir législatif.

Nous étudierons :

1° La *confection* de la loi;

2° Ses *effets*, sa *sphère d'application*;

3° Son *interprétation*.

I. Confection de la loi

66. Plan. — On distingue, dans la confection et la mise en vigueur de la loi, trois étapes représentées par le *vote*, la *promulgation* et la *publication*.

67. I. Le vote. — La loi doit être adoptée, c'est-à-dire votée par les deux Chambres, lesquelles sont saisies à cet effet, soit d'un *projet* par le Gouvernement, soit d'une *proposition* par un ou plusieurs de leurs membres. En principe, il importe peu que le premier vote émane du Sénat ou de la Chambre des députés; la constitution met ces deux assemblées à égalité, sauf pour les *lois de finances* qui doivent être soumises initialement à la Chambre des députés.

Les membres des deux Assemblées ont le *droit d'amendement*.

Du moment que la même rédaction a été votée par les deux Chambres, la loi existe, et elle est *parfaite*. Il y a seulement lieu de signaler que la Constitution accorde au président de la République le droit de demander aux Chambres, par un message motivé, une nouvelle délibération : c'est ce qu'on appelle le *veto suspensif*, dont l'existence est purement théorique.

Sur tous ces points et pour plus de détails, voyez les lois constitutionnelles du 24 février et du 17 juillet 1875.

68. II. La promulgation. — La loi, devenue parfaite, fait l'objet d'un *décret de promulgation* rendu par le chef de l'Etat; cette intervention du pouvoir exécutif a plusieurs objectifs : elle proclame l'existence de la loi nouvelle; elle en prépare la publication; enfin, elle en permet l'exécution.

La teneur du décret est uniforme : « *Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté,*

» *Le président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :*

» (Texte de la loi)

» *La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'Etat.* »

(V. le Décret du 6 avril 1876, article premier.)

La promulgation doit avoir lieu *dans le mois* qui suit la transmission au Gouvernement de la loi devenue parfaite; exceptionnellement, elle doit intervenir dans *les trois jours* lorsque *l'urgence* en aura été déclarée par un vote exprès des Chambres. (Loi constit. du 16 juillet 1875, art. 7.)

Une fois promulguée, la loi est dite *exécutoire* : le chef de

l'Etat l'a, en effet, déclarée telle, en même temps qu'il prescrivait aux agents de l'autorité de veiller à son exécution.

Toutefois, ce caractère exécutoire n'est encore que théorique et virtuel; pour que la loi nouvelle soit effectivement imposée à ceux qu'elle est appelée à régir, encore faut-il qu'elle ait été portée à leur connaissance : alors seulement, elle deviendra *obligatoire* pour eux; tel est l'objectif de la troisième étape, celle de la *publication*, laquelle est amorcée et réalisée déjà en puissance grâce à la deuxième (Commiss. sup. de cass., 9 fév. 1928; civ. 21 juin 1928. *D. P.* 1929, 1, 5, note R. Beudant).

69. III. La publication.[1]. — C'est, en effet, à l'aide du décret de promulgation que l'on réalise la publication de la loi, laquelle est nettement distincte de la promulgation : « La promulgation, acte de la volonté souveraine, se distingue essentiellement de la publication qui est le mode employé pour porter la loi à la connaissance des citoyens et la rendre obligatoire » (Ch. réun., 22 juin 1874, *D. P.* 1874, 1, 322, *S.* 1874, 1, 336); cette discrimination se retrouve dans les arrêts récents (Comm. sup. de cass., 9 fév. 1928; Civ. 21 juin 1928, *D. P.* 1929, 1, 5, note Robert Beudant; Civ. 1er déc. 1931, *S.* 1932, 1, 66; Req. 2 fév. 1932, *D. H.* 1932, 129); elle a des conséquences pratiques : c'est ainsi que l'erreur matérielle qui s'est glissée dans la minute même du décret de promulgation ne peut être rectifiée que par une promulgation nouvelle, au lieu que l'erreur commise dans la version du *Journal Officiel* ne motive qu'une nouvelle publication, généralement sous forme d' « *erratum* », lequel n'est d'ailleurs régulier et efficace que s'il intervient pour opérer une rectification d'ordre purement matériel (Civ. 18 déc. 1933, *D. P.* 1934, 1, 17, note Voirin; *S.* 1934, 1, 257, note Ch. Rousseau. — V. Trasbot, note *D. P.* 1930, 1, 102, col. 2.)

Sans nous attarder au passé, nous exposerons en peu de mots le système actuel de publication, tel qu'il est institué par le décret-loi du Gouvernement de la Défense nationale du 5 novembre 1870.

Aux termes de l'article premier de ce décret, la promulgation des lois (et décrets) résulte de leur insertion au *Journal Officiel*; et l'article 2 précise que la loi nouvelle sera obligatoire « *à Paris un jour après la promulgation, et partout ail-*

[1] V. Revel, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Paris, 1933; et les travaux de la *Société d'études législatives*, dans son *Bulletin*, 1932, 2, 67; 1932, 1, 151; 1933, 2, 268; 1934, 2, 175.

leurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc » après que le *Journal Officiel* qui en contient le texte sera parvenu, et parvenu *effectivement* (Crim., 14 déc. 1932, motifs, *D. H.* 1933, 38) au chef-lieu dudit arrondissement. Le délai est *franc*, ce qui signifie qu'on ne tient pas compte de la journée au cours de laquelle le *Journal Officiel* paraît à Paris ou parvient dans le chef-lieu d'arrondissement; si, par exemple, il arrive à Marseille le 1er mars, cette première journée n'entre pas en ligne de compte, et c'est celle du 2 qui représente le délai de publication de sorte que la loi nouvelle est obligatoire dans l'étendue de l'arrondissement à compter du 3 mars, dès la première heure.

Le décret du 5 novembre 1870 ajoute que « *le* Bulletin des Lois *continuera à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au* Journal Officiel *en opérera promulgation.* » En fait, toutes les lois nouvelles sont insérées au *Journal Officiel* et le rôle subsidiaire réservé au *Bulletin des Lois* n'avait pas d'importance pratique. Aussi ce bulletin a-t-il pu être supprimé par la loi du 19 avril 1930 qui décide qu'en toute occurrence la publication des lois sera réalisée par leur insertion au *Journal Officiel* qui constitue donc désormais le seul, l'invariable instrument de publication.

70. Cas exceptionnels. — 1° *Publication rapide des lois urgentes.* — Dans les cas urgents, le Gouvernement a la possibilité de hâter l'application d'une loi en en faisant afficher le texte par les préfets, dans chaque département (Ord. 28 nov. 1816, art. 4); la nouvelle disposition devient alors obligatoire à compter du *moment* de la publication spéciale ainsi effectuée (Ord. 18 janv. 1817, art. 2), mais non pas à partir de la première heure du jour, car ce serait alors conférer à la loi une rétroactivité qui, en dehors d'une décision formelle du législateur, ne saurait lui appartenir (*Inf.* nos 77 et suiv.; Civ. 4 mars 1931, *D. H.* 1931, 201). Pratiquement, ce mode de publication, *spécial et rapide*, dont la légalité a été reconnue par la Cour de cassation (Req. 6 juill. 1931, *D. P.* 1931, 1, 164; 2 fév. 1932, précité), joue surtout pour les dispositions d'ordre fiscal, alors que le Gouvernement désire rendre aussitôt effectives des taxes nouvellement établies : il s'agit d'éviter la fuite de la matière imposable; si, par exemple, certains droits de douane ont été relevés, il faut aller vite afin que les importateurs, par des opérations précipitées, ne puissent échapper à la nouvelle tarification (L. 22 mars 1924 : 3 avril 1926, art. 18).

2° Il arrive que le législateur recule lui-même la date à laquelle une loi entrera en vigueur; il le fait exceptionnel-

lement, pour des lois importantes qui instituent un régime nouveau, et dans le but d'éviter des surprises (V. par exemple la loi du 23 mars 1855, sur *la transcription en matière hypothécaire*, dont l'exécution fut différée, par son article 10, jusqu'au 1er janvier 1856, et la loi du 15 juillet 1914, instituant l'impôt sur le revenu; l'article 25 en ajournait l'application jusqu'au 1er janvier 1915). Cette procédure s'impose d'autant plus que l'instrument législatif est plus important et que le changement de législation est de nature à surprendre, à déconcerter les particuliers : notamment, il est sage qu'un nouveau Code n'entre en vigueur que plusieurs mois, voire plusieurs années après sa promulgation de telle sorte que les intéressés soient à même de prendre leurs dispositions en conséquence (v. ce qui a été dit à ce sujet pour le Code *allemand* et pour le Code *suisse*, sup. nos 52 et 53; le Code *libanais* des obligations n'est entré en vigueur que trente mois après sa publication au *Journal Officiel*: art. 1107 de ce Code).

71. Date de la loi. — En toute légalité, la loi devrait prendre pour date le jour de sa perfection, c'est-à-dire de son *vote définitif*, puisqu'elle réunit alors tous les éléments nécessaires à son existence, sinon à son application (avis du Conseil d'Etat du 5 pluviôse an VIII); mais, dans la pratique, on s'en réfère soit à la date du *Journal Officiel* contenant le décret de promulgation, soit plutôt à celle de la *signature* dudit décret : la pratique de la Chancellerie est dans ce dernier sens; elle se réclame d'une considération d'ordre purement théorique, à savoir que c'est ce jour-là que le chef de l'Etat a renoncé à utiliser ce droit *de veto* suspensif dont il n'use jamais. En réalité, il serait bon de mettre un peu d'ordre dans cette anarchie et de faire en sorte qu'une même loi ne portât pas, comme il arrive parfois, deux ou trois dates différentes. (Loi de 1884 rétablissant le divorce, à laquelle on attribue trois dates : 19, 27 et 29 juillet.)

72. Publication des décrets. — En principe, et en fait, elle s'effectue comme celle des lois, conformément aux dispositions du décret du 5 novembre 1870, modifié par la loi du 19 avril 1930 qui, on l'a vu, a supprimé le *Bulletin des Lois*; le *Journal Officiel* a l'exclusivité de la publication des décrets comme de celle des lois.

Le Gouvernement peut ordonner l'exécution immédiate d'un décret sans aucun délai, ce qui ne veut pas dire sans publicité; la suppression porte alors sur les délais de publi-

cation, non sur la publication elle-même qui demeure toujours obligatoire (REVEL, *op. cit.*, p. 80). (D. du 5 novembre 1870, art. 2, § 2.)

73. Autorité de la loi publiée. — Lorsque la loi a été régulièrement portée à la connaissance des intéressés, elle s'impose à tous; chacun est tenu de l'observer, sans pouvoir alléguer qu'il n'en connaissait pas l'existence. C'est une règle traditionnelle, indispensable à la stabilité sociale, que « *nul n'est censé ignorer la loi* ». La vie en société repose sur une présomption irréfragable de connaissance du droit, de la part de ceux qu'il est appelé à régir.

Cependant, il y a lieu de signaler deux accommodements, l'un spécial, l'autre de portée générale :

1° Aux termes de l'article 4 du décret-loi du 5 nov. 1870 : « *les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a lieu dans le délai de trois jours francs, à partir de la promulgation.* » Cette disposition vise uniquement les dispositions législatives d'ordre répressif; elle n'intéresse pas directement le droit civil;

2° Mais il arrive parfois que le législateur se propose de venir au secours de ceux qui ont été victimes d'une *erreur* et de protéger ainsi l'ignorance, la *bonne foi*. Alors, l'erreur devient secourable et relevante et cela sans distinguer suivant qu'elle porte sur *le fait* ou sur *le droit*; dans un cas comme dans l'autre, elle constitue un titre pour celui qui l'a commise et qui peut donc se réclamer de l'ignorance où il se trouvait d'une disposition législative.

Par exemple, un mariage, bien que nul, est susceptible de produire certains effets, s'il a été contracté de bonne foi, c'est-à-dire sous le coup d'une erreur. Les époux ont pu croire qu'un prêtre était compétent pour procéder à la célébration de l'union civile; s'ils font la preuve de leur erreur, ils bénéficieront de certains avantages, ainsi que leurs enfants; la nullité, ou plutôt l'inexistence, sera palliée en considération de leur bonne foi, c'est-à-dire, en somme, de l'ignorance où ils étaient de la loi en vigueur (voir *inf.* n^{os} 858 et s.); de même, celui qui possède un immeuble dont il croit à tort être le propriétaire, est admis à se réclamer de sa bonne foi, laquelle peut dériver de son ignorance d'un texte de loi, pour conserver les revenus qu'il a perçus dans ces conditions, par exemple les récoltes qu'il a levées sur le domaine (art. 549 et 550; *inf.* n° 1408); mais cette solution clémente n'est possible que dans les cas exceptionnels où la

loi prend en considération l'erreur même; c'est elle-même qui pardonne aux gens mal informés de l'avoir ignorée et qui fait céder indirectement l'adage « *nemo censetur ignorare legem* »; la bonne foi, déterminée par une erreur juridique, devient alors créatrice de droits.

74. Recueils de lois. — 1° Il existait un recueil officiel qui était le *Bulletin des lois*. V. les décrets du 14 mai et du 30 déc. 1908 qui se sont efforcés de réorganiser, de moderniser ce Bulletin, *supprimé* dans la suite par la loi du 19 avril 1930; c'est donc dans le *Journal Officiel* qu'il faut chercher la teneur des lois et des décrets, et les dimensions de cette publication rendent les recherches fort ardues; fort heureusement, il existe des recueils privés qui sont d'une consultation plus aisée et plus rapide;

2° Un grand nombre de recueils privés sont à signaler, notamment la *Collection complète des lois, décrets d'intérêt général*, etc., fondée par Duvergier et continuée par Bocquet; la librairie du Sirey et la Jurisprudence générale Dalloz font à leurs abonnés le service des textes législatifs au fur et à mesure de leur parution; on en trouve aussi la teneur, à bref délai, dans la *Semaine juridique* (ancienne *Semaine législative*).

II. Effets de la loi. - Sa sphère d'application Principe de la non-rétroactivité des lois

75. — Le domaine d'application des lois devrait être délimité dans une double direction.

1° Quant aux *personnes*, aux *territoires* et aux *biens* qu'elles régissent;

2° Quant à la *période de temps* au cours de laquelle elles demeurent en vigueur.

Il y aurait ainsi lieu de déterminer la sphère d'application de la loi : 1° dans *l'espace;* 2° dans *le temps*.

Mais le premier problème (art. 3 C. civ.), relève en réalité du droit international privé, non du droit civil interne : la *territorialité* et la *personnalité* des lois doivent être écartées de notre étude qui se limitera donc au deuxième point signalé, à la sphère d'application de la loi dans le temps.

76. La sphère d'application de la loi dans le temps; position du problème. — Abrogation de la loi. — Les limites d'application de la loi dans le temps semblent, de prime abord, d'un tracé facile, l'une d'elles étant représentée par la date de la *publication* (*sup.* n° 69),

l'autre par le jour de l'*abrogation*, laquelle ne peut être, dans l'opinion couramment admise, que l'œuvre de l'autorité créatrice, et qui est d'ailleurs susceptible de revêtir deux formes, la forme expresse et la forme tacite :

1° La forme *expresse*; on en trouve un exemple fameux dans l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, abrogeant formellement l'ancien droit;

2° La forme *tacite*, laquelle résulte de *la contrariété*, de *l'incompatibilité* entre deux dispositions qui se contredisent : leur application simultanée étant irréalisable, il faut choisir entre elles, et le choix s'exercera tout naturellement en faveur de la plus récente, présumée la meilleure; le passé peut être aboli par l'avenir, mais le phénomène inverse serait inconcevable.

Il est à remarquer que *l'abrogation tacite* n'opère que dans la mesure du strict minimum, c'est-à-dire de la contrariété entre les deux textes; la loi ancienne subsiste dans la mesure où elle n'est pas contredite par la loi nouvelle. Et c'est bien pourquoi une *loi générale* n'abroge pas tacitement une *loi spéciale* contraire plus ancienne, l'existence d'une exception n'étant nullement incompatible avec celle d'une règle : « *legi speciali per generalem non derogatur* », ou « *generalia specialibus non derogant* », tandis qu'à l'inverse une loi spéciale plus récente abroge, dans la mesure de ses dispositions, la loi générale antérieure, « *specialia generalibus derogant* ».

Quant à *l'abrogation expresse*, la portée en est fixée par le texte même qui l'édicte formellement.

77. — Tels sont logiquement le point de départ et le point d'arrivée qui devraient délimiter la carrière d'une loi dont la destinée se cantonne entre le jour de sa publication et celui de son abrogation, expresse ou tacite : tous les actes, toutes les situations s'intercalant entre ces deux limites extrêmes seront régis par elle, à l'exclusion des actes ou des situations antérieures ou postérieures qui échapperont à son emprise.

Et telle est bien la directive que nous donne l'article 2 C. civ., aux termes duquel : « *la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* » [1].

Mais l'application rigoureuse, mathématique, de cette directive, est-elle possible?

Oui pour des situations réglées une fois pour toutes, par

[1] Cons. sur la règle de la non-rétroactivité, l'ouvrage fondamental de M. Paul Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, t. I, 1929, t. II, 1933.

exemple pour les conditions de validité d'une convention ou d'un paiement. La loi applicable est alors celle qui est en vigueur au moment où l'acte intervient, où la situation se fixe, sans qu'il y ait lieu d'y revenir par la suite : par exemple, la loi qui exigerait désormais, pour la vente d'immeubles, un acte notarié, ne toucherait pas aux opérations antérieurement passées par acte privé, conformément à la législation aujourd'hui existante.

Mais la situation est rarement aussi simple; la plupart des faits, des actes juridiques, ne comportent pas un dénoûment immédiat; leurs effets se prolongent pendant un certain temps; ils sont successifs dans leur vie et dans leurs conséquences; ils laissent derrière eux un sillage et il arrive alors ceci que l'acte juridique s'accomplit sous l'égide d'une loi et que les conséquences s'en déroulent sous le règne d'une autre. Et c'est alors qu'on se demande quelle est, des deux lois, celle qui va régir lesdites conséquences, de celle qui était en vigueur au temps initial ou de celle qui lui a succédé. C'est un contrat qui a été conclu jadis, en 1930; la loi alors en vigueur y attachait telles conséquences; depuis, une nouvelle loi les a écartées pour y substituer d'autres effets : à laquelle des deux lois se vouer? Ou bien c'est un mariage qui a été célébré à une époque où le divorce n'était pas admis; va-t-il pouvoir se dissoudre du vivant des époux, en vertu de la loi de 1884 qui a rétabli le divorce dans notre pays; La question se pose pour toutes les situations qui ont leurs racines dans le passé; et elle revient à celle-ci : la loi ne doit pas rétroagir; mais quand peut-on dire au juste d'une loi qu'elle rétroagit? Où commence la rétroactivité? Où finit-elle?

78. Le critère des droits acquis et des simples expectatives. — On a proposé, pour résoudre la difficulté, d'établir une distinction entre *les droits acquis* et *les simples expectatives* : une loi rétroagirait si elle touchait à des intérêts qui, pour leurs représentants, constituent des droits acquis en vertu de la loi précédente; mais elle pourrait, sans être taxée de rétroactivité, ruiner de simples espérances; telle serait la signification de l'article 2, et ainsi se résoudrait le conflit entre *l'intérêt social*, lequel exige que la loi nouvelle, présumée meilleure que l'ancienne, s'applique le plus tôt possible, et *les intérêts particuliers* qu'abritait précisément cette loi ancienne et en faveur desquels une transition doit être ménagée.

Seulement, les difficultés apparaissent lorsqu'on veut préciser les termes de la distinction; elles sont tellement graves

qu'elles ont déterminé des auteurs qualifiés à repousser la distinction elle-même, comme inapplicable et dénuée de signification pratique (*Sic.* : PLANIOL, COLIN et CAPITANT, DE VAREILLES-SOMMIÈRES, ROUBIER).

Cette conclusion nous paraît excessive; il faut renoncer, sans doute, à dresser une liste *ne varietur* des droits acquis et des expectatives; mais ce n'est pas à dire que cette liste soit purement chimérique. En vérité, la distinction critiquée est affaire de tact, de sentiment, de nuances; elle laisse place à des divergences d'opinion; mais du moins est-il possible de serrer la réalité de plus près en scrutant : 1° la portée de la règle de non-rétroactivité; 2° sa raison d'être.

79. I. Portée de la règle de non-rétroactivité. — On s'accorde à reconnaître qu'elle s'impose, non pas au législateur, mais seulement au juge : c'est le premier qui l'a édictée, à l'usage du second. Elle est d'ordre *législatif* et non point *constitutionnel*. Les Chambres peuvent la mettre de côté, quand bon leur plaît; leur volonté peut se manifester en ce sens, soit expressément, soit tacitement.

1° *Expressément*. L'histoire législative nous en fournit, depuis un siècle et demi, différents exemples, les uns malheureux, comme celui de la loi du 7 nivôse de l'an II sur les successions, que la Convention déclara applicable, rétroactivement, aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, fussent-elles déjà liquidées; d'autres plus heureux, tel celui du décret du 27 avril 1848 qui abolit l'esclavage dans les colonies françaises, de telle façon que les propriétaires d'esclaves se virent dépouillés de leur marchandise humaine, sans indemnité; ici, l'atteinte portée aux droits acquis se justifiait par des considérations supérieures d'humanité; d'autres enfin qui s'expliquent par des nécessités économiques et financières inéluctables, tels ceux des décrets-lois de la période récente (décrets du 16 juillet 1935 portant réduction de 10 % des loyers, autorisant le remboursement anticipé des dettes, etc.).

Parfois, le législateur fait œuvre transactionnelle et se contente d'aménager une rétroactivité limitée (voy. l'art. 2281 C. civ., en matière de *prescription*; et, pour les *panneaux-réclames*, la loi du 12 juillet 1912).

2° *Tacitement*. Il en est ainsi lorsque le législateur fait une loi *interprétative* d'une loi antérieure; le texte interprétatif fait alors bloc avec le texte interprété; il n'est pas créateur d'un droit nouveau, mais *déclaratif* du droit antérieur, il éclaire un point jusque-là demeuré obscur. Exemple : la

loi du 4 septembre 1807, interprétant l'article 2148 en ce sens que l'inscription de l'hypothèque doit mentionner la date d'exigibilité de la créance hypothécaire; ou la loi du 24 février 1928 relative au renouvellement des concessions funéraires, dont l'article unique, énonce formellement le caractère interprétatif par rapport à la loi du 3 janvier 1924, sur la même matière; ou encore celle du 31 janvier 1928 relative à la légitimation des enfants naturels ou enfin celle du 22 mars 1934, interprétant le paragraphe 10 de l'article 3 de la loi du 8 avril 1933, sur la revision des baux ruraux [1].

80. II. Raison d'être de la règle de non-rétroactivité. — Elle se déduit de l'autorité même de la loi : pour que la loi garde la confiance de ses ressortissants — cette confiance qui fait le meilleur de sa force — il est indispensable que les actes passés sous son égide subsistent, tels quels, et quoi qu'il advienne par la suite. S'il en était autrement, les transactions seraient menacées de destruction et la vie juridique serait dépourvue de sécurité, si bien qu'en fin de compte, l'autorité de la loi elle-même serait ruinée : on ne croirait plus en elle; le régime de l'arbitraire se substituerait à celui de l'ordre légal.

C'est à cette idée que répondent la règle de non-rétroactivité et la distinction entre droits acquis et expectatives. Dire que la loi doit respecter les droits acquis, c'est dire qu'elle ne doit pas trahir la confiance que nous plaçons en elle et que les situations établies, les actes passés sous sa protection demeureront intacts, quoi qu'il arrive; hors de là, il n'y a plus que de simples espoirs plus ou moins fondés et que le législateur peut détruire à volonté.

Ainsi comprise, la règle devient plus concrète et plus maniable; nous allons en présenter quelques applications tirées de la capacité des personnes, de la forme des actes, des successions.

81. Exemples et applications. — 1° En matière de *capacité* : en thèse générale, la participation à la vie juridique est subordonnée à la majorité, laquelle est fixée actuellement, dans notre pays, à l'âge de vingt et un ans. Supposons qu'une loi recule la limite jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans : comment appliquera-t-on la règle de l'article 2?

On distinguera entre les actes antérieurs à la loi nouvelle

[1] Il arrive que le caractère interprétatif d'une loi soit controversé : tel a été le cas pour la loi du 7 nov. 1922 modifiant l'art. 1384. Voy. Req. 10 févr. 1925 (*D. P.*, 1925, I, 97 et la note); Civ. 23 mars 1926 (*D. P.*, 1926, I, 1929 et la note).

et ceux qui ont été conclus antérieurement : les premiers demeureront valables, du moment que ceux qui les ont passés étaient majeurs de vingt et un ans et quand bien même ils n'eussent pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans ; décider autrement serait trahir la confiance mise dans la loi dont l'autorité en serait ébranlée; ce serait porter atteinte à des droits acquis. Mais, pour ce qui est de l'avenir, la loi nouvelle sera aussitôt applicable, en sorte que les personnes âgées de plus de vingt et un ans mais de moins de vingt-cinq seront replongées dans l'état d'incapacité d'où elles étaient sorties. Elles ne peuvent pas se plaindre; elles n'avaient pas de droits acquis à demeurer majeures et capables; la capacité des personnes n'est pas une propriété privée; elle est fixée par le législateur, souverainement.

2° Pour les *conditions de forme*, plus généralement les *conditions de validité* auxquelles doivent répondre les actes juridiques, la loi applicable sera la loi en vigueur au moment de l'acte; si donc, une exigence supplémentaire vient à être formulée, les actes antérieurs y auront échappé, mais les actes postérieurs, même prémédités et aménagés auparavant, y seront soumis (Req. 31 juillet 1934, *S.* 1934, 1, 331).

3° Il en va de même pour les *effets des contrats*, plus généralement des actes juridiques : ils se maintiennent tels qu'ils étaient définis par la loi en vigueur au moment où l'acte était intervenu (même arrêt, 31 juill. 1934), sans être influencés, étendus ou restreints par la loi postérieure (Roubier, *op. cit.*, t. II, n° 84).

Ainsi s'applique, dans ces différentes conjonctures, la règle de la non-rétroactivité des lois qui trouve son expression dans la brève et équitable formule : *tempus regit actum*.

4° En matière de *successions*. Un individu décède : à qui ses biens vont-ils être attribués? C'est la législation en vigueur lors du décès qui en décidera, et définitivement : il serait intolérable qu'une loi subséquente vînt modifier l'ordre successoral une fois déterminé, et que la succession, d'abord dévolue à Primus, lui fût enlevée pour être attribuée à Secundus : Primus avait un droit acquis à recueillir la succession ouverte à son profit. Mais modifions l'hypothèse : le changement de législation intervient avant l'ouverture de la succession; alors, Primus n'a qu'à s'incliner; car, il avait, non pas des droits acquis, mais une simple expectative, ou, pour parler le langage courant et consacré en pareille matière, de simples « espérances », lesquelles ont pu être fauchées par le législateur : un candidat à une succession n'est pas encore un héritier.

Mais la situation n'est pas toujours aussi simple, et il faut

compter fréquemment avec une notion qui fait irruption dans la matière, celle de *l'ordre public*.

82. Les exigences de l'ordre public. — Devant ces exigences, les intérêts particuliers doivent fléchir : on ne peut pas prétendre avoir de droits acquis à l'encontre de l'ordre public. Il n'est même pas exact de dire, en pareil cas, que la loi rétroagit; elle agit intensément, conformément aux besoins sociaux, elle s'applique immédiatement, sans plus; autre chose est l'effet *immédiat*, autre chose l'effet *rétroactif* (v. P. ROUBIER, *op. cit.*, t. I, n° 41).

Nombreux sont les exemples de cette intrusion de la notion de l'ordre public dans le problème de la non-rétroactivité; ils nous sont fournis :

1° Par les *lois politiques*, lesquelles saisissent le pays à l'instant même où elles interviennent et font table rase du passé; on concevrait difficilement que l'ancien régime subsistât, même sous une forme très limitée, à côté de son successeur. Voy., pour les conséquences politiques du recouvrement de l'Alsace et de la Lorraine, Req. 2 déc. 1924 (*D. H.*, 1925, 23);

2° Par les lois relatives à l'*organisation judiciaire* et à la *compétence* des diverses juridictions : celles-là aussi s'appliquent du jour au lendemain, sans se laisser arrêter par la considération des intérêts privés : si une loi nouvelle attribue la compétence d'une infraction, non plus, comme jadis, à la Cour d'assises, mais au tribunal correctionnel, elle régira la situation des accusés actuellement traduits devant la Cour d'assises, laquelle devra se dessaisir au profit du tribunal correctionnel. C'est seulement si le procès était terminé, si la décision était rendue, qu'il serait impossible de revenir sur le passé et c'est dans cette mesure seulement que s'affirmerait le principe de non-rétroactivité;

3° On peut encore rattacher aux exigences de l'ordre public la disposition insérée dans l'article 4 de la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce et d'après laquelle les mariages antérieurement contractés sous l'empire d'une législation excluant le divorce, comportent cependant ce mode de dissolution. C'est qu'il eût été choquant et même scandaleux d'admettre deux catégories de mariages, les uns — ceux antérieurs à 1884 — indissolubles, les autres — contractés depuis la loi du 27 juillet 1884 — susceptibles d'être dissous par le divorce; l'uniformité était imposée par la notion même de l'ordre public et l'on a pu considérer que les époux n'avaient pas de droits acquis à demeurer indissolublement unis.

83. Résumé. — En somme, si la distinction des droits acquis et des expectatives est malléable et flottante, elle est susceptible de rendre de grands services pour l'application de l'article 2, surtout si on l'éclaire à l'aide de cette idée que le législateur ne doit pas tromper la confiance que les particuliers avaient placée en lui (v. sur cette idée : Emm. Lévy, *La vision socialiste du droit*, pp. 43 et suiv.).

Et surtout, il ne faut pas perdre de vue :

1° Que la règle de non-rétroactivité lie le juge, non le législateur;

2° Qu'elle tend, en définitive, à assurer le respect dû à la loi dont la puissance serait ébranlée si elle détruisait elle-même son propre ouvrage;

3° Que, contre l'ordre public, il n'y a guère de droits acquis, en sorte que telles lois qui semblent rétroagir se trouvent, dans la réalité, agir immédiatement, sans plus, conformément à leur nature et aux besoins sociaux, et sans même que le législateur ait eu besoin de s'expliquer à ce sujet. Comme on l'a remarqué avec beaucoup de raison (Roubier, *op. cit.*), des confusions ont été trop souvent commises entre l'application *rétroactive* de la loi et son application *immédiate*, confusions dangereuses et injustifiées : une loi qui porterait l'âge de la majorité à vingt-cinq ans devrait s'appliquer du jour au lendemain, et cependant elle ne saurait être taxée de rétroactivité, du moins si elle respectait les actes accomplis précédemment sous l'égide de la législation actuelle.

III. Interprétation de la loi

84. Généralités. — La loi est destinée à être *appliquée*, donc à être *interprétée*. Le texte le plus limpide ne saurait prévoir toutes les difficultés de nature à se présenter dans la pratique : la vie est plus ingénieuse que le législateur et que le meilleur des juristes. Il y aura donc lieu de réaliser l'adaptation de l'instrument législatif à la pratique, à la réalité : et cette adaptation s'effectue sous forme d'interprétation.

L'interprétation de la loi est *publique* ou *privée* : publique, si elle a un caractère *officiel*, si elle se produit par voie d'autorité, de telle sorte que les résultats en soient obligatoires; — *privée* ou *doctrinale*, lorsqu'elle émane de particuliers, de techniciens et qu'elle ne possède donc qu'une autorité morale : telle celle qui se donne dans les *traités* ou qui se propage par l'*enseignement*.

85. I. Interprétation publique, officielle, par voie d'autorité. — Elle se distingue elle-même en deux variétés selon qu'elle intervient *par voie de disposition générale* ou *par voie d'espèce*.

A. *Interprétation par voie de disposition générale* : on l'appelle aussi *interprétation législative*. C'est, en effet, normalement au législateur qu'il appartient d'interpréter son œuvre : *ejus est interpretari legem cujus est condere*. Cependant, à certaines périodes de notre histoire, ce pouvoir d'interprétation fut remis au *Conseil d'Etat* qui l'exerçait en rendant des *avis* (règlement du 5 nivôse an VIII). En réalité, l'interprétation était d'essence gouvernementale, puisque ces avis devaient être soumis à l'approbation du Premier consul, en sorte qu'il y avait immixtion du pouvoir exécutif dans le pouvoir législatif.

Ce régime subsista sous le Consulat et sous le Premier Empire; après la charte de 1814, on se demanda s'il était toujours en vigueur; mais, en 1823, le Conseil d'Etat se prononça lui-même pour la négative (avis du 17 déc.). C'est donc seulement sous le *Consulat* et le *Premier Empire* que les avis interprétatifs du Conseil d'Etat eurent une valeur obligatoire et constituèrent une source secondaire du droit écrit. Depuis 1814, le pouvoir législatif a recouvré le monopole de l'interprétation de la loi par voie de disposition générale.

86. — B. *Interprétation par voie de décision d'espèce.* — On l'appelle ordinairement *interprétation judiciaire*; et, en effet, de nos jours, c'est bien au jouvoir judiciaire qu'elle est dévolue exclusivement. Mais il n'en fut pas toujours ainsi et, à une certaine époque, le *Conseil d'Etat* joua, dans cet ordre d'idées, un rôle important. Pour le comprendre, pour saisir la situation actuelle, il faut posséder quelques notions sur notre *organisation judiciaire*.

La *juridiction de droit commun*, dans le domaine du droit privé, est le *tribunal civil* qui, devenu pour un temps et par mesure de prétendue économie, *départemental* (D. 6 sept. 1926) est redevenu juridiction *d'arrondissement* sous le nom de *tribunal de première instance* (L. 16 juill. 1930, art. 3, § 1); mais un grand nombre de litiges sont soustraits à sa compétence pour être attribués soit aux *justices de paix*, soit aux *tribunaux de commerce*, soit aux *conseils de prud'hommes*.

Les décisions rendues par ces diverses juridictions, le sont, suivant des distinctions que nous n'avons pas à prévoir ici, tantôt *en dernier ressort*, et tantôt *en premier ressort*

seulement, c'est-à-dire *à charge d'appel*. Suivant les cas, l'appel est porté devant tel ou tel prétoire : pour les jugements des tribunaux civils départementaux et des tribunaux de commerce, devant la cour d'appel; pour les décisions des justices de paix et des conseils de prud'hommes, devant le tribunal civil.

L'appel est déjà une garantie de bonne application de la loi, puisque l'affaire est examinée à deux reprises successives et par des juges différents; mais il est impuissant à réaliser cet objectif essentiel : *l'unité dans l'application de la loi*. Sans doute, avec la grande codification napoléonienne, *l'unité de législation* a été obtenue; mais elle ne suffit pas; il est à craindre qu'un texte obscur, ambigu, ou simplement trop élastique, soit compris et appliqué différemment par diverses juridictions; que la Cour de Lyon l'entende de telle façon, celle de Dijon de telle autre, et que celle de Rennes lui donne une troisième signification; il en résultera une *dispersion du droit*, et l'on verra tel plaideur gagner devant telle juridiction le procès qu'il aurait perdu devant telle autre : situation scandaleuse et démoralisante qu'il faut rendre impossible en complétant l'unité de législation par l'unité dans l'application de la loi, dans son interprétation, dans la jurisprudence. C'est à la Constituante que revient le mérite d'avoir assuré la réalisation de cet idéal en créant la Cour de cassation (1er déc. 1790).

87. La Cour de cassation[1]. — La Cour de cassation, que la Constituante avait baptisée *tribunal de cassation*, afin de calmer son ambition et de la détourner de jouer un rôle comparable à celui de nos anciens Parlements, est l'instrument, la gardienne de l'unité d'interprétation de la loi dans tout le pays. Comment s'acquitte-t-elle de cette tâche essentielle? En imposant, au besoin, sa manière de voir aux juridictions dont les décisions lui sont déférées au moyen d'un pourvoi.

Soit, par exemple, un arrêt rendu par une cour d'appel, celle de Lyon, donc rendu en dernier ressort, car il n'existe pas, dans notre système judiciaire, trois degrés de juridiction. Il est possible que cet arrêt fasse une application erronée d'un texte de loi; le plaideur, à qui il fait grief, va le déférer à la Cour de cassation, il demandera à cette juridiction suprême de casser une décision rendue contrairement à la loi.

Le rôle dévolu à la haute juridiction présente une particularité singulière : il consiste exclusivement à rechercher

[1] Ernest Faye, *La Cour de cassation*, 1903.

si la décision attaquée est conforme ou contraire à la loi; la Cour de cassation *juge en droit*, elle ne connaît pas du fait; elle retient et elle considère comme exacts les faits de la cause tels qu'ils ont été admis par le juge du fond; et elle examine si celui-ci leur a fait une application exacte de la loi en vigueur; elle n'est point un troisième degré de juridiction; *elle juge, non pas le litige, mais la décision intervenue à son occasion et qui lui est déférée*; non pas entre les plaideurs, mais entre le juge et la loi. Estime-t-elle que la loi a été sainement appliquée : elle rejette alors le pourvoi, elle rend un *arrêt de rejet*, et tout est fini; la décision attaquée conserve définitivement son autorité.

Dans le cas contraire, elle rend un *arrêt de cassation*: elle anéantit la décision contraire à la loi; mais il ne lui appartient pas de lui substituer son propre arrêt; car, encore une fois, elle n'est point juge du fait; elle juge la décision qui lui a été déférée, non le procès. En conséquence, elle va renvoyer l'affaire devant une juridiction appartenant au même ordre que celle dont la décision est anéantie, dans l'espèce devant une autre cour d'appel, celle de Dijon par exemple, laquelle connaîtra du litige en toute liberté, avec cette particularité qu'elle devra l'examiner en audience solennelle, toutes chambres réunies. Si elle se range à l'avis de la Cour suprême, donc contrairement à celui de la cour de Lyon, le différend est terminé; les voies de recours sont épuisées.

Mais il est possible qu'elle se prononce dans le même sens que la cour de Lyon, et alors la situation devient grave : un conflit existe entre la Cour de cassation et deux cours d'appel (ou deux tribunaux): comment sortir de cet impasse? A qui donner le dernier mot? Sur ce point, différents systèmes ont été pratiqués; à une certaine époque, c'est au *Conseil d'Etat* qu'il appartenait de dénouer le conflit (L. 16 sept. 1807, art. 2) par un *avis* qu'il faut d'ailleurs se garder de confondre avec celui dont il a été parlé précédemment, car l'autorité en était limitée au litige à l'occasion duquel il intervenait; il s'agissait là d'une interprétation *par voie de décision d'espèce* que le Conseil d'Etat fut habilité à donner de 1807 à 1828.

Une loi du 30 juillet 1828 lui enleva ce pouvoir d'interprétation pour le confier à l'autorité judiciaire, et, sans faire l'historique complet du sujet, nous décrirons uniquement le système en vigueur depuis 1837. D'après la loi du 1er avril 1837, lorsque la juridiction de renvoi a statué dans le même sens que celle dont la décision avait été cassée, un nouveau pourvoi est possible devant la Cour suprême; mais

ce deuxième pourvoi doit être examiné avec un soin particulier, la Cour de cassation doit statuer en audience solennelle, *toutes Chambres réunies* (Chambre civile, Chambre des requêtes, Chambre criminelle); l'arrêt rendu dans ces conditions peut être lui-même, soit un arrêt de rejet (auquel cas la Cour suprême se déjuge, ou, du moins, les Chambres réunies se prononcent contre l'avis de la Chambre civile, qui avait cassé la décision de la cour d'appel), soit un arrêt de cassation, et alors cette décision a une autorité particulière; l'affaire sera renvoyée devant une troisième juridiction, du même ordre que les deux premières, par exemple devant la cour de Rennes, mais avec cette particularité que celle-ci a pour mission d'enregistrer le sentiment des Chambres réunies dont l'avis est obligatoire pour elle; ce deuxième renvoi n'est prononcé que pour ordre; il ne s'explique que par ce principe que la Cour de cassation ne peut juger le procès; il faut donc qu'elle le soumette à une juridiction ordinaire, mais en lui donnant le mandat impératif de juger dans le sens par elle consacré.

De cette façon et grâce à ce système ingénieux, la Cour de cassation a toujours le dernier mot; elle est à même de triompher de toutes les résistances, de juguler les tendances particularistes; elle mérite pleinement le nom qui lui est parfois donné de *Cour régulatrice*; elle est bien le régulateur du droit, plus exactement de l'interprétation de la loi; et son rôle est d'autant plus important et bienfaisant qu'il s'exerce, non seulement dans la métropole, mais aussi dans *les colonies* : les décisions rendues par les cours de Saïgon, de Tananarive, de Rabat, etc., lui sont déférées, soit par les plaideurs intéressés, soit par son procureur général et *dans l'intérêt de la loi*; rôle tellement important qu'il ressemble fort à celui d'un législateur; nous constaterons plus loin que la Cour suprême en est arrivée à constituer un véritable droit coutumier qui est venu se superposer à la loi écrite. Ce droit coutumier, il n'est autre que le *droit jurisprudentiel*, ou plus brièvement, *la jurisprudence*, ce dernier mot servant à désigner indifféremment soit l'ensemble de nos juridictions, soit le corps de solutions élaboré par elles.

88. Les recueils de jurisprudence. — Les décisions judiciaires les plus importantes ou les plus caractéristiques sont rapportées dans certains recueils dont la fondation remonte loin dans le passé et dont les deux plus importants sont ceux de Sirey et de Dalloz; on y trouve, outre le texte des arrêts et des jugements, des commentaires ou notes qui, émanant pour la plupart de professeurs des Facultés de droit, constituent souvent de véritables dissertations juridiques.

Le *Recueil périodique de Sirey*, qui remonte jusqu'en 1791, contient quatre parties : la première consacrée aux arrêts de la Cour de cassation, la deuxième aux décisions des Cours d'appel, des tribunaux civils départementaux, des tribunaux de commerce et des justices de paix; la troisième aux arrêts du Conseil d'Etat, la quatrième à la jurisprudence étrangère et des pays sous mandat. Puis viennent les lois, décrets. Une *refonte* abrégée en vingt volumes est en voie de publication : treize volumes ont paru.

Le *Recueil périodique de Dalloz* remonte, lui aussi, à la période du droit intermédiaire; mais la collection courante n'en commence qu'avec l'année 1845; la division est la même que pour le recueil de Sirey, avec cette variante que la quatrième partie est consacrée aux lois, décrets, rapports et discussions législatives. Les abonnés reçoivent, en supplément, le *Recueil hebdomadaire* dans lequel figure le texte des décisions les plus récentes.

Les *Pandectes françaises* ont été fondées en 1886 sur le modèle des recueils précédents.

Un grand nombre de journaux quotidiens publient les décisions intéressantes, dans le format des journaux politiques : *Gazette du Palais*, *Gazette des Tribunaux*, *Le Droit*, *La Loi*.

La Maison *Dalloz* a publié un *Répertoire alphabétique*, suivi d'un *Supplément au Répertoire*, englobant toutes les matières du droit civil; de même, la Maison Sirey a publié le répertoire *Fuzier-Hermann*, continué par *Carpentier* et *Frèrejouan du Saint;* il est assorti d'un *Supplément* publié par MM. Cézar-Bru, Eugène Godefroy et Jean Plassard.

Des *Dictionnaires pratiques de Droit* ont été édités, dont le plus récent (1933) est celui de M. Savatier; il contient des renvois au *Répertoire pratique Dalloz*.

Il convient de signaler le *Code civil annoté* de la librairie Dalloz, qui contient de nombreuses références jurisprudentielles, ainsi que le *Code civil annoté* par Fuzier-Herman, dont une nouvelle édition est mise à jour sous la direction de M. Demogue (t. I, 1935; t. II et III, 1936).

Enfin, il ne faut pas oublier qu'un certain nombre de juridictions produisent des recueils de leurs décisions, notamment la Cour de cassation (*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, remontant à l'an VII, mais malheureusement incomplet; il ne rapporte, en matière civile, que les arrêts prononçant une cassation, à l'exclusion donc, tant des décisions émanées de la Chambre des requêtes, que des arrêts de rejet rendus par la Chambre civile).

Pour l'*Alsace et la Lorraine*, il existe un *Répertoire pra-*

tique de droit et de jurisprudence, dirigé par M. Niboyet.

Nous mentionnerons encore, bien que sortant du domaine du droit privé, le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat statuant au contentieux, du Tribunal des conflits, de la Cour des comptes et du Conseil des prises*, publication mensuelle, fondée en 1821; la table vicennale (1905-1924) vient de paraître.

89. II. Interprétation privée; la doctrine [1]. — L'interprétation *privée* ou *doctrinale* s'exprime dans les traités, dans les revues juridiques, dans l'enseignement; elle ne possède qu'une autorité morale, car il n'existe plus de nos jours, comme jadis à Rome, des jurisconsultes chargés de dire le droit, investis du *jus publice respondendi*.

L'œuvre élaborée sous cette forme écrite ou orale prend le nom de *doctrine*, par opposition à la *jurisprudence*; le même mot sert d'ailleurs à désigner l'ensemble des autorités qui participent à ce travail d'interprétation privée : le même vocable s'applique à l'œuvre et à l'artisan.

90. Doctrine et jurisprudence. — Traditionnellement, ces deux forces juridiques s'opposent l'une à l'autre; nous aurons souvent l'occasion de constater que, sur telle ou telle question, la doctrine est fixée en un sens alors que la jurisprudence consacre la solution contraire. Fréquentes sont les dissidences d'opinion et de mentalité entre les interprètes officiels et les interprètes privés de la loi; cependant, elles tendent de nos jours à s'atténuer; l'opposition qui existait jadis entre l'École et le Palais a perdu le caractère systématique qu'elle présentait autrefois et qui, au cours du XIX[e] siècle, avait atteint son maximum d'intensité, au point que doctrine et jurisprudence avaient pris figure de deux sœurs ennemies.

C'est qu'elles s'inspiraient, dans l'accomplissement de leurs tâches, d'esprits très différents : tandis que la jurisprudence évoluait et progressait sous la pression des faits, tandis qu'elle s'efforçait de réaliser une sage adaptation de la loi au milieu social pour lequel elle avait été établie, la doctrine s'attardait dans une exégèse sévère des textes et s'embarrassait dans les règles d'une scolastique rébarbative, analysant, disséquant un à un les mots contenus dans les articles du Code civil, faisant un sort à chaque virgule et comprenant le droit comme on fait des mathématiques, à coup de postulats, d'axiomes et de théorèmes. Il faut

[1] V. Eugène GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, 1935 (Conférences données à l'Université de Bâle, en 1923).

d'ailleurs reconnaître que ces *premiers interprètes du Code civil* avaient une excuse : à savoir le respect, la vénération dont ils entouraient l'œuvre du Premier Consul, dans laquelle ils voyaient comme un évangile juridique, se suffisant à lui-même; une charte contenant le droit tout entier, capable de faire face à toutes les situations, de dénouer tous les problèmes. Comme le constate M. Gény (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*), les professeurs ne faisaient pas alors un cours de *droit civil*, mais bien un cours de *code civil*, de code Napoléon, et l'un d'eux, Bugnet, s'écriait: « Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon »; Demolombe lui-même, dont l'intelligence était cependant très souple, préfaçait son œuvre par cette déclaration : « Les textes avant tout! Je publie un cours de Code Napoléon. »

Avec une telle mentalité, les auteurs et les professeurs étaient fatalement amenés à faire complète abstraction du milieu social, de l'évolution économique, des nécessités pratiques, voire de l'équité, et à faire du droit la science la plus sèche, la plus abstraite qu'on pût concevoir; et surtout, ils faisaient œuvre saine et stérile, car les conclusions auxquelles ils aboutissaient et qui s'opposaient fréquemment à celles de la jurisprudence, ne recevaient aucune consécration pratique. Il y avait deux droits : celui de l'Ecole, qu'on enseignait dans les Facultés, et qui aurait mérité d'être classé parmi les sciences exactes, mais qui n'était jamais ou presque jamais appliqué; et, d'autre part, celui du Palais, qui constituait une science sociale, bien vivante et dont les diverses juridictions se chargeaient de faire une réalité.

Dans cette lutte singulière, la doctrine était vaincue à l'avance : son concept, d'après lequel un code est une œuvre immuable et hermétique, se suffisant à elle-même et pour toujours, s'il était justifié, à titre exceptionnel, pour certaines lois ou certains règlements qui comportent l'interprétation restrictive (lois fiscales, Req. 17 juin 1933, *D. H.*, 1933, 409; tarifs de chemins de fer), constituait, pour le droit commun, un contre-sens certain; en dépit de la codification la plus poussée, la plus complète, la plus parfaite, la vie juridique d'un pays se poursuit et se développe de pair avec sa vie sociale et économique; un code est rapidement débordé par les faits et c'est à l'interprète qu'il appartient de l'adapter au jour le jour; si la loi est susceptible d'exercer une influence sur le milieu social qu'elle régit, celui-ci le lui rend bien; il agit sur elle par voie de réactions incessantes; et l'on constatera par la suite que certaines parties de notre Code civil ont changé complètement de physio-

nomie, sans même que le législateur ait eu à intervenir, par exemple, celles qui réglementent la stipulation pour autrui, le régime dotal ou le contrat de transport : un texte ne peut pas être interprété de la même façon au temps de la diligence et à celui du chemin de fer, de l'automobile et de l'avion, dans le monde économique de 1804 et dans celui de 1937.

91. Les interprètes du Code civil. — C'est ce que la doctrine n'a pas voulu comprendre pendant fort longtemps; elle s'est obstinée dans sa tâche improductive et elle s'est enfermée dans sa tour d'ivoire, perdant ainsi le contact avec les réalités et renonçant à exercer une influence effective sur la vie du pays. C'est à cette période d'exégèse héroïque que se rattachent les œuvres de Toullier, de Duvergier, de Delvincourt, de Duranton, de Troplong. (*Le Code civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*), de Marcadé et Paul Pont (*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*).

Les noms de ces auteurs ne sont pas tombés dans l'oubli, mais leurs ouvrages ne sont plus guère consultés de nos jours.

92. Les grandes productions du milieu du XIX^e^ siècle. — Il en est trois qui ont exercé une grande influence sur le développement de la science juridique; l'une d'elles jouit, actuellement encore, d'une légitime autorité; elles portent les noms de Demolombe, d'Aubry et Rau et de Laurent.

Le cours de Code Napoléon de Demolombe (1844) présente de grandes qualités : il fait une large part à l'équité; il s'inspire des besoins de la pratique; il est écrit dans une langue limpide; c'est une œuvre empreinte de sens pratique et de libéralisme. Malheureusement, le doyen de Caen était doué d'une facilité de rédaction qui se traduit par la longueur démesurée et le caractère discursif de l'œuvre : les 31 volumes qui la composent s'arrêtent à l'article 1386 C. civ.; M. Guillouard a entrepris de compléter le travail auquel il a donné une série de suites. (V. Bonnecase, *Les destinées de l'œuvre de Demolombe au temps présent.*)

Les *Principes du droit civil français* de Laurent, professeur à Gand, ont eu leur célébrité. Cette œuvre belge, qui comprend 33 volumes, abonde en idées intéressantes, en aperçus originaux; mais l'auteur y adopte le système d'interprétation le plus étroit, le plus littéral qui se puisse imaginer; il déduit les conséquences du texte avec une logique impitoyable qui ne recule devant rien, qui accepte

les pires solutions en l'honneur du Verbe législatif: il a oublié que souvent la lettre tue et que seul l'esprit vivifie.

Bien supérieur aux deux ouvrages précédents est le *Cours de droit civil* d'Aubry et Rau, qui furent d'abord professeurs à Strasbourg, puis conseillers à la Cour de cassation. Le traité qu'ils publièrent en 8 volumes et dont la 4e édition porte la date de 1869, constitue l'une des œuvres les plus solides qui aient jamais paru dans les sciences juridiques; également versés dans le droit de l'Ecole et dans celui du Palais, les éminents auteurs ont su se libérer de la scolastique d'autrefois pour faire une œuvre pratique et bien vivante. Ils ont eu le secret des formules précises et lapidaires, chargées de pensées, et l'on trouve, dans quelques lignes de leur ouvrage plus d'idées et plus de documentation véritable que dans des pages entières de certains traités. Aussi l'autorité de ce cours de droit civil fut-elle immense, tant au Palais qu'à l'Ecole; actuellement encore, l'opinion d'Aubry et Rau est fréquemment citée à la barre et présente un grand poids. Bien entendu, l'œuvre a subi les injures du temps; une réédition, une mise à jour s'imposait; elle a été réalisée par plusieurs juristes qui ont assuré une 5e édition : MM. G. Rau, Falcimaigne, et surtout M. Bartin (12 volumes terminés en 1923) qui assure actuellement la publication d'une sixième édition : on a respecté, autant qu'il était possible, le plan et les divisions de la 4e édition.

93. La période contemporaine. — Au cours du dernier demi-siècle, une série de productions ont vu le jour, les unes très étendues, les autres plus élémentaires et destinées spécialement aux élèves de nos Facultés de droit.

I. Parmi les traités de la première catégorie, comprenant en général au minimum une douzaine de volumes, nous citerons les suivants :

Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 volumes.

Baudry-Lacantinerie, doyen à Bordeaux, *Traité théorique et pratique de droit civil*, avec la collaboration d'un groupe de professeurs, MM. Houques-Fourcade, Chéneaux, Bonnecarrère, Chauveau, Wahl, M. Colin, Barde, Saignat, Le Courtois, Surville, de Loynes, Tissier; 29 volumes plus un supplément de M. Bonnecase en 6 volumes, le dernier paru en 1935.

Ch. Beudant, ancien doyen à Paris, cours publié par son fils Robert Beudant, conseiller à la Cour de cassation (8 volumes parus). Une seconde édition est en voie de publication, par les soins de MM. Robert Beudant et Paul Lerebours-

Pigeonnière; elle comportera treize volumes, dus à la collaboration de MM. André Audinet, Batiffol, Breton, Brèthe de la Gressaye, Lagarde, Le Balle, Le Noan, Voirin et de Mme Becquignon-Lagarde; dix volumes ont paru à ce jour, de 1934 à 1937, qui sont consacrés à l'Introduction et au titre préliminaire du Code civil (tome I), aux donations entre vifs et aux testaments (tomes VI et VII), à l'état et à la capacité des personnes (tomes II, III et III*bis*), aux successions *ab intestat* (tomes V et V*bis*), aux donations et aux testaments (tomes VI et VII), aux obligations (tome VIII).

Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, avec le concours d'un groupe de jeunes professeurs des Facultés de droit. Les auteurs se sont efforcés de dégager le droit civil de son côté scolastique et dialectique pour faire un travail véritablement pratique. L'ouvrage a été achevé en 1934; il comporte quatorze volumes : tomes : I (*Les Personnes*, par M. Savatier); II (*La Famille*, par M. Rouast); III (*Les Biens*, par M. Maurice Picard); IV (*Les Successions*, par MM. Maury et Vialleton); V (*Les Donations et les Testaments*, par M. Trasbot); VI et VII (*Les Obligations*, par MM. P. Esmein, Radouant et Gabolde); VIII et IX (*Les Régimes matrimoniaux*, par M. Nast); X et XI (*Les Contrats civils*, par MM. Hamel, Bernard Perreau, Rouast, Savatier et Lepargneur); XII et XIII (*Les Sûretés réelles*, par M. Becqué); XIV (*Additions et tables générales*).

II. Les *Traités élémentaires* de droit civil se sont succédé en assez grand nombre; négligeant les précis, les mementos qui ne sauraient avoir aucune prétention scientifique ou éducative, nous mentionnerons, dans l'ordre de leur apparition, les ouvrages suivants :

Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil* en 3 volumes, 13e édit., par Paul Guyot;

Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., 12e édit., par G. Ripert;

A. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, 3 vol., 8e édit., avec le concours de Julliot de la Morandière.

94. L'orientation nouvelle de la doctrine. — Depuis un peu plus d'un quart de siècle, la doctrine se fait de sa mission une conception à la fois plus réaliste et plus élevée; elle ne considère plus le Code civil comme un oracle dont les moindres mots et les moindres virgules appellent un sort définitif; elle attache de moins en moins d'importance, en tant qu'instruments d'interprétation de la loi, aux travaux préparatoires dont l'autorité s'estompe naturellement avec le recul du temps (v. H. Capitant, *D. H.*, 1935, *Chron.*,

p. 77; et dans le *Recueil d'études en l'honneur de F. Gény*, un article intitulé *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, t. II, p. 204); faisant sien le point de vue auquel se plaçait l'éminent premier président Ballot-Beaupré, elle estime, comme ce haut magistrat, qu'on « ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article »; mais qu'on « doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux... » (Paroles prononcées le 29 oct. 1904, à l'occasion des fêtes du centenaire du Code civil); et, comme le législateur suisse, elle pense que « ce serait une erreur de rédiger la loi de telle sorte qu'il fût impossible aux tribunaux de suivre l'évolution des idées sans revision de texte légal... lorsque le législateur entend conférer à une disposition une portée impérative absolue, il doit le dire. S'il ne le dit pas, la question sera résolue selon l'esprit de l'époque ». (Exposé des motifs du projet de Code civil suisse, t. I, p. 14); en d'autres termes, elle envisage le droit, non plus en tant que science exacte, mais comme une science sociale, et elle s'est rapprochée de plus en plus de la jurisprudence; le vieil antagonisme entre l'Ecole et le Palais a fait place à une compréhension mutuelle.

Ce rapprochement a été facilité et préparé par diverses circonstances et par divers travaux : soit par la collaboration des professeurs des Facultés de droit aux recueils de jurisprudence dans lesquels ils commentent les plus importantes décisions judiciaires; dans cet ordre d'idées, les notes de Labbé, au recueil du Sirey, sont demeurées le modèle du genre et ont certainement contribué à rapprocher les distances entre théoriciens et praticiens; — soit aussi par l'influence bienfaisante exercée sur l'opinion juridique au moyen de divers livres ou revues. Il faut citer, avant tout, le beau livre de M. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 2 vol., 1919; et la fondation de la *Revue trimestrielle de droit civil*, en 1902, par A. Esmein et Saleilles, dont le premier article renfermait tout un programme : « Il faut que la doctrine, écrivait M. A. Esmein, prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude; elle ne perdra point pour cela son originalité et sa force; elle acquerra au contraire une sève rajeunie et des floraisons nouvelles. » On ne saurait mieux dire : la jurisprudence est la matière première sur laquelle doivent travailler l'écrivain et le professeur; il leur appartient de l'étudier, de la systématiser et aussi de la guider : par la jurisprudence, mais au delà de la jurisprudence, telle doit

être leur devise; il y a place à la fois pour une sorte de clinique juridique et pour ce que M. Gény a appelé très heureusement « *La libre recherche scientifique* »; l'essentiel est de ne pas travailler dans le vide et pour le seul plaisir d'aligner des axiomes et des théorèmes juridiques.

95. Revues. — Les revues consacrées de préférence au droit civil sont, d'abord, la *Revue trimestrielle de droit civil* dont nous venons de parler, puis la *Revue critique de législation comparée*, et les bibliothèques des différents *Instituts de la législation et de la jurisprudence*.

Le *Bulletin de la Société d'études législatives* est fort intéressant à consulter pour qui veut se familiariser avec le mouvement législatif, avec les réformes qui sont à l'ordre du jour de l'actualité; il est publié par la *Société d'études législatives*, fondée en 1901, reconnue d'utilité publique en 1913 et qui a pour but, notamment, de centraliser les renseignements pouvant être utilisés en vue des réformes législatives; elle rédige, après discussion en assemblée générale, des projets dont plusieurs ont reçu ensuite la consécration législative.

Pour le *droit comparé* : le *Bulletin de la Société de législation comparée*, et les biblothèques des différents *Instituts de droit comparé* (Lyon et Paris, notamment) constituent des centres de documentation extrêmement précieux. On pourra notamment consulter avec fruit la *Bibliothèque de droit contemporain* qui, sous la rubrique « *La vie juridique des peuples* », est dirigée par MM. Lévy-Ullmann et Mirkine Guetzévitch, un volume étant consacré à la législation de chaque pays : *Belgique*, *Tchécoslovaquie*, *Roumanie*, etc.

Comme revues auxiliaires, touchant fréquemment aux problèmes d'ordre civil, il convient de mentionner les *Annales de droit commercial*, fondées par Thaller et continuées par M. Percerou, ainsi que la *Revue générale des assurances terrestres*, fondée en 1930 et dirigée par M. Maurice Picard, et aussi les *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, fondées en 1931 sous la direction de M. Le Fur.

95*bis*. Répertoires bibliographiques. — Les recherches bibliographiques sont facilitées par certains répertoires : celui de Dramard, excellent mais ancien : *Bibliographie raisonnée du droit civil*, 1879; et celui, tout récent, de Grandin : *Bibliographie générale des sciences juridiques, politiques, économiques et sociales*, 3 vol. et suppléments.

§ II. — LA COUTUME

96. — Nous désignons sous le nom de *coutume* toute source du droit autre que la loi, en prenant ce dernier mot dans sa plus large acception; le *droit coutumier* est cette partie du droit qui naît spontanément de la conscience collective, en dehors du canal des pouvoirs constitutionnel, législatif et réglementaire.

97. Négation du pouvoir créateur de la coutume. — C'est un sujet qui a été peu exploré, en France du moins, jusqu'à ces dernières années, réserve faite des développements que M. Gény lui a consacrés dans son livre intitulé *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (t. I, pp. 316 et suiv., dans la 2e édit.; v. aussi Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, pp. 153 et s.; Auguste Lebrun, *La Coutume*, thèse, Caen, 1932; et pour le droit commercial, Jean Escarra, *Principes de droit commercial*, t. I, nos 25 et s.; Kotaro Tanaka, *Fonction de la coutume en droit commercial*, dans le *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. III, p. 247; et *Le fonti del diritto commerciale*, Padoue, 1936; Charley del Marmol, *Le droit corporatif de la vente commerciale*, *Rev. de dr. intern. et de lég. comp.*, 1936; et, pour le droit coutumier de Berbères, M. Morand, *Etude de droit musulman et de droit coutumier berbère*; Surdon, *Institutions et coutumes des Berbères du Maghreb*, 1936, pp. 124 et s.). Cette discrétion s'explique aisément avec la position prise jadis, par l'immense majorité des interprètes du Code civil, vis-à-vis de la coutume à laquelle ils déniaient tout pouvoir créateur; à leur sentiment, non seulement elle serait impuissante à aller à l'encontre de la loi écrite, mais encore elle n'aurait pas qualité pour la compléter, pour en combler les lacunes, pour en boucher les fissures (*Sic* : Demolombe, Laurent, Aubry et Rau, etc.).

L'argument essentiel en faveur de cette doctrine négative est tiré des principes de notre droit constitutionnel : aux termes de notre Constitution, c'est au pouvoir législatif, représenté par les Chambres, qu'incombe la mission de créer le droit, à titre exclusif; la mission dévolue à ces organes officiels éliminerait toute possibilité de révélation directe et spontanée du droit.

98. Réfutation. — 1° L'idée d'une abdication complète, absolue, de la part de la collectivité, et au profit des pou-

voirs constitués, de son aptitude à créer le droit, est chimérique et puérile : une communauté sociale n'abdique pas sa conscience juridique; la canalisation parfaite du droit est illusoire; quoi qu'on fasse, la vie continue et nul n'a le pouvoir d'en arrêter le cours, de la cristalliser à un moment donné et pour toujours;

2° D'ailleurs, l'argument mis en avant ne prouve rien parce qu'il prouve trop : il aboutirait à dénier toute valeur à la coutume, non seulement en droit civil, mais aussi en droit commercial; or, c'est une vérité incontestée que les usages commerciaux créent le droit; ils constituent « l'une des sources les plus abondantes du droit commercial » (J. Escarra, Ed. Escarra et J. Rault, *Principes de droit commercial*, t. I, n^os^ 25 et s.) ; si nos lois constitutionnelles ne s'opposent pas à cette irruption de la coutume dans le domaine commercial, il serait singulier qu'elles fissent obstacle à son autorité en matière de droit civil;

3° Les rédacteurs du Code civil admettaient la force obligatoire de la coutume, en quelque mesure; dans le projet primitif, le titre préliminaire renfermait des dispositions formelles en ce sens et qui n'ont disparu ensuite qu'à raison de leur caractère trop philosophique. Et surtout, au cours des travaux préparatoires. Portalis s'est exprimé dans des termes exempts d'ambiguïté et qu'il importe de rappeler : « Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir... Quoi qu'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie... Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle... *A défaut d'un texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi* » (Fenet t. I, pp. 469 et s.) ;

4° A l'étranger, les législations les meilleures et les plus récentes font une place au droit coutumier : en *Allemagne*, il ressort des travaux préparatoires du Code civil qu'on a entendu conserver à la coutume au moins sa force supplétive : elle est apte à combler les lacunes de la loi. — En *Suisse*, le Code civil fédéral proclame qu' « *à défaut d'une*

disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. — Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » (art. 1er). — En *Chine*, l'article premier du nouveau Code civil proclame qu' « *en matière civile, à défaut de disposition légale applicable, on suit la coutume, et à défaut de coutume, les principes généraux du droit* » (v. J. Escarra, *Le Droit chinois*, pp. 125 et s.). — Au *Japon*, la loi du 8 juin 1875 *sur l'administration de la justice et les sources du droit privé*, contient un article 3 aux termes duquel : « *Dans les affaires civiles, à défaut de loi écrite, on doit juger selon les coutumes, à défaut de coutumes, par la recherche de la raison et de l'équité.* » (Sugiyama, *Recueil d'études en l'honneur de F. Gény*, t. II, p. 446.) — En *Egypte*, l'article 11 du Code civil mixte prescrit au juge de ce conformer, si la loi est muette, insuffisante ou obscure, aux principes du droit naturel et aux règles de l'équité. — En *Angleterre*, aux *Etats-Unis*, nous l'avons vu, le droit est essentiellement coutumier (*sup.* nos 19 et 55. Sur le rôle et l'importance de la coutume aux Etats-Unis, v. Jacques Lambert, *La mise en œuvre judiciaire du droit naturel aux Etats-Unis*, 1937). — En *Pologne*, aux termes de l'article 6 du *projet* de Code civil : « *Le droit coutumier a force obligatoire.* »

Il faut donc admettre que le droit n'est pas tout entier inclus dans la loi, qu'il n'a pas une origine purement étatique comme l'ont prétendu à tort certains auteurs (Kelsen, Bergbom), mais qu'il puise sa sève, pour une bonne part, dans la coutume (v. Del Vecchio, *A propos de la conception étatique du droit*, *Rev. crit.*, 1930, et *Le problème des sources du droit positif*, 1934).

99. Les différents visages de la coutume. — La coutume, source du droit, suppose, outre l'ancienneté de pratiques, d'usages déterminés, la croyance, chez les ressortissants, à une force astreignante; suivant la formule de Del Vecchio, elle implique « une répétition constante, au sein d'une communauté sociale, de certains comportements déterminés, répétition accompagnée de la possession ou du sentiment de la nécessité de cette répétition, au point que d'autres sujets pourraient l'exiger par la force au cas de transgression ». Ainsi comprise, la coutume s'alimente elle-même à des sources multiples :

1° Ce sont d'abord les *principes supérieurs*, qui constituent l'ossature de notre droit dont l'origine se perd dans la nuit des siècles et qui forment, dans leur ensemble, suivant

le mot de M. Hauriou, comme une *super-légalité* : principes qui ne sont pas formulés, dans des termes généraux, par la loi écrite, dont elle est la tributaire et par lesquels elle est dominée. Exemples : *Fraus omnia corrumpit*; nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui; nul n'est censé ignorer la loi; *Error communis facit jus*; la convention fait la loi des parties (*pacta sunt servanda*) ; la bonne foi se présume; *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; autant de grandes directives, de « standards », d' « éléments flexibles du droit » (Emilio Novoa, *El derecho de los debiles*, Madrid, 1930, pp. 40 et s.), qui commandent au droit positif et qui viennent fréquemment modifier l'incidence des principes inclus dans des textes, parfois même leur faire échec;

2° Il y a aussi les *usages invétérés*, à la condition qu'ils soient exempts d'ambiguïté, qu'ils soient constants et qu'ils remontent haut dans le passé; les uns qui s'établissent dans le peuple même, dans la vie de tous les jours, comme ceux qui attribuent à la femme mariée le nom de son mari, à l'enfant légitime celui de son père; les autres qui se dégagent et qui s'affirment par les *clauses de style*, par la pratique notariale, comme celui d'après lequel la qualité d'héritier se prouve par un simple acte de notoriété; par la pratique, par la conduite individuelle, par exemple dans la vie rurale (v. Arcangeli, *Le consuetudini nel Diritto agrario*, *Rivista di diritto privato*, 1935, I, p. 3;

3° Il faut noter aussi les règles qui se dégagent et qui s'établissent à l'intérieur d'une profession, d'une corporation, voire d'un service public (l'administration des Postes paie des mandats à des femmes mariées non autorisées, donc à des incapables), et qui, douées d'une expansion mondiale, tendent à la constitution d'une sorte de *droit corporatif international*, par le jeu des *contrats collectifs*, des *organismes paritaires*, des *arbitrages professionnels*, des *errements* constamment suivis. (V. dans la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, les tomes 18, 19 et 20 : *Le droit corporatif international de la vente des soies*, par Ishizaki; comp. Emilio Novoa, *op. cit.*, pp. 67 et s.; Cesare Vivante, *La penetrazione dell' ordinamento corporativo nel diritto privato*, dans le *Diritto del Lavoro*, 1931, fasc. 8-9; Del Vecchio, *op. cit.*; Charles del Marmol, *op. cit.*)

4° Mais surtout, il y a la *jurisprudence*, qui n'est pas autre chose que le droit coutumier moderne. Pour découvrir un tel droit, il n'est que de puiser à volonté dans l'œuvre de nos diverses juridictions. Depuis plus d'un siècle et quart que le Code civil est en vigueur, elles ont élaboré, sous le contrôle et avec l'aide de la Cour de cassation, un droit juris-

prudentiel, sans cesse en évolution, qui est venu se superposer au droit écrit, le compléter et parfois le modifier. Théoriquement, sans doute, le juge n'est que l'interprète de la loi, et la Cour suprême ne peut casser une décision qu'autant qu'elle est contraire à la loi écrite puisque le dispositif de ses arrêts doit nécessairement contenir « *le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée* » (D. 27 novembre-1er déc. 1790, art. 17); la violation d'un usage ou d'une coutume ne peut pas servir de base à un pourvoi; mais la jurisprudence ne se conforme pas strictement à cette règle qui comporte bien des accommodements (v. Gény, *Méthode d'interprétation*, t. I et II, n° 179; Faye, La Cour de cassation, n° 104; et, pour la violation de simples actes réglementaires, P. Dareste, *Le caractère légal des décrets coloniaux*); et d'ailleurs, il n'en reste pas moins que, si le juge est l'interprète de la loi, il en est l'interprète souverain; toujours il a le dernier mot; il lui appartient de rectifier, même dans le domaine répressif, les erreurs matérielles, les *lapsus* du législateur (Crim., 8 mars 1930, *D. P.*, 1930, 1, 101, note Trasbot), et il doit écarter la disposition matérielle d'un texte, lorsqu'il apparaît qu'elle ne traduit pas la véritable pensée du législateur (Dijon, 25 fév. 1930, *D. H.*, 1930, 235); dès lors, son rôle d'interprète doit fatalement tendre à celui de créateur; en fait, la jurisprudence est devenue une des sources du droit qui est ce qu'elle veut qu'elle soit; elle constitue, de nos jours, le mode de révélation par excellence de la coutume, le creuset dans lequel celle-ci s'élabore avec une rapidité et une certitude qui en atténuent les tares originelles, et c'est par elle que « l'on voit souvent le droit évoluer sous une législation immobile » (Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*)[1].

A cet égard, le contraste s'affirme entre le droit *anglais* et le droit *français*, même dans la mesure où ils sont, l'un et l'autre, coutumiers; le droit jurisprudentiel français est autrement évolutif que le droit anglais qui s'en tient respectueusement et indéfiniment aux arrêts anciens, sans les remettre en question ni même en discuter le mérite et qui a ainsi la superstition du « cas » tranché, une fois pour toutes, par le juge. (V. F.-P. Walton, *Delictual responsability in the mo-*

[1] Il faut noter le rôle capital que jouent souvent les petites juridictions dans la formation d'une jurisprudence; suivant le mot de J. Cruet (*op. cit.*), « la loi vient d'en haut, les bonnes jurisprudences se font par en bas ».

dern civil law, dans la *Law Quaterly Review*, 1933, p. 70, notamment p. 92.)

100. Exemples de coutume de formation jurisprudentielle. — Nous en rencontrerons constamment sur notre route; nous noterons, par exemple, que nos tribunaux admettent que certaines personnes — étudiants, militaires — puissent être assignés devant le juge de leur simple résidence alors que la loi attribue compétence exclusive au juge du domicile; ou qu'ils reconnaissent pleine autorité à la date des quittances, encore qu'elles n'aient point été enregistrées, et ce, contrairement à la disposition de l'article 1328; ou qu'ils s'attribuent le pouvoir de reviser, de réduire les honoraires dus à un mandataire — avoué, notaire, architecte — ou à un médecin, encore que lesdits honoraires aient été fixés d'accord entre les parties, solution qui va à l'encontre du principe de la force obligatoire des conventions (art. 1134); ou qu'ils ont institué, en dehors de tout texte, de véritables régimes de publicité, relativement à certains actes ou à certaines situations (*inf.* n° 1355; t. III, n° 663); ou enfin, que la Cour de cassation a admis, sous le régime dotal, l'inaliénabilité de la dot mobilière alors que le Code civil, dans l'article 1554, n'établit ce statut exceptionnel que pour l'immeuble dotal : toutes solutions qui s'expliquent par des nécessités pratiques ou par des considérations d'équité, mais qui font subir une entorse à la lettre de la loi. Il est d'ailleurs des institutions ou des concepts qui, à peine ou nullement visés par la loi, ont dû être aménagés par la jurisprudence, en fonction de la tradition, des principes généraux du droit et de l'équité (action paulienne, enrichissement sans cause, théorie des impenses, droit de rétention, pétition d'hérédité, abus des droits, etc.).

En présence de jurisprudences de ce genre, il est vraiment paradoxal et bien rétrograde de nier l'existence, de nos jours, d'un droit coutumier : pour le faire, il faut fermer délibérément les yeux à l'évidence et substituer une pure fiction à la réalité vivante.

La vérité est que le droit coutumier, du moins sous son aspect jurisprudentiel, a acquis un regain de vitalité à la fois du fait de l'ancienneté de notre Code civil, dépassé par les événements sociaux ou économiques, et à raison de l'imperfection des lois contemporaines : mis en présence de textes obscurs, contradictoires, inapplicables, le juge, qu'il le veuille ou non, est conduit à se comporter parfois comme un législateur; le droit prétorien est fonction de la carence de la loi écrite qui fait de lui une nécessité inéluctable, surtout

aux époques où le Parlement légifère par procuration et où des décrets-lois, rendus à la centaine et échappant en fait à toute ratification, viennent se substituer à la loi, émanation consciente, exclusive et directe du pouvoir législatif conféré aux deux Chambres par notre Constitution.

101. La question de la force abrogatoire de la coutume; abolition de la loi par le non-usage. — C'est la question la plus délicate — la seule délicate à notre avis — que soulève la coutume : peut-elle, non seulement combler les lacunes de la loi et en opérer l'adaptation aux nécessités pratiques du moment, mais encore l'abolir? Sous une autre forme, une loi tombe-t-elle en *désuétude* par cela seul qu'elle a cessé d'être appliquée pendant un long terme? La coutume peut-elle opérer, non seulement *præter legem*, mais aussi *contra legem*?

Sur ce point, la majorité des auteurs se prononcent pour la négative, et la jurisprudence avec eux. (Gény, *op. cit.*, t. I, n° 129; Crim., 11 juill. 1884, *D. P.*, 1885, I, 333.)

Et cependant, il est bien difficile de s'arrêter en chemin, de reconnaître à la coutume une valeur supplétoire et modificative tout en lui déniant une force abrogatoire; car ce n'est pas facilement que l'on peut distinguer la coutume qui opère *præter legem* de celle qui s'insurge contre la loi; pour reprendre les exemples déjà cités, en reconnaissant à la date des quittances une autorité absolue, on écarte l'application de l'article 1328; en attribuant compétence, dans certains cas, au juge de la simple résidence du défendeur dont le domicile est cependant connu, on met en échec la disposition de l'article 59 C. pr. civ., lequel s'en réfère uniquement au domicile, et ainsi de suite.

Il est à observer d'ailleurs que les précédents sont favorables à l'abrogation de la loi par le non-usage: la tradition romaine était établie en ce sens (Dig. livre I, titre IV, fr. 32, § 1) et il est question, dans le *Discours préliminaire* de notre Code civil de « cette puissance invisible par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois et qui semble protéger la société contre les surprises faites au législateur et le législateur contre lui-même » (Fenet, t. I, p. 479).

Enfin, en attribuant aux lois la pérennité, sauf abrogation résultant d'une loi plus récente, on aboutit à des résultats inattendus et assez ridicules : on apprend alors que notre Code civil s'appelle en réalité *Code Napoléon*, le décret de 1852 qui lui a conféré ce nom n'ayant jamais été abrogé, et que les fumeurs tombent sous le coup de la loi pénale, car

une ordonnance de 1634 qui avait porté l'interdiction de fumer n'a jamais été rapportée. En réalité, le temps a raison de tout, et le ridicule aussi : « Les dieux eux-mêmes meurent », les lois également; elles s'usent à la longue et s'ensevelissent dans l'oubli, comme les institutions et comme les mots.

Il n'est donc pas étonnant que la minorité des auteurs qui admettent l'abolition de la loi par le non-usage et la force abrogatoire de la coutume, devienne de plus en plus compacte : Ch. Beudant, t. I, n° 105; G. Cornil (*Le droit privé*, p. 70); H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5e éd., n° 51; Charmont, *La lutte contre la loi*, *Rev. de métaphysique et de morale*, 1917, t. XXIV; Ripert, *Droit maritime*, t. I, n° 92; Mme Becquignon-Lagarde, dans le *Cours de Droit civil français* de Ch. Beudant, t. I, n° 177; Aug. Lebrun, *op. cit.*, nos 433 et s.; Jean Cruet (*La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 258) : « ... Oui, il est vrai que la désuétude tue les lois, mais il est préférable de ne pas le dire. »

Le projet de Code civil *polonais* le dit cependant, au moins implicitement : il se contente, en effet, d'excepter du pouvoir abrogatoire de la coutume les principes fondamentaux de l'ordre juridique et les bonnes mœurs (art. 8).

Aux *Etats-Unis*, la coutume, interprétée et appliquée par la Cour suprême, est supérieure à la Constitution elle-même; elle a la valeur d'un droit naturel à contenu variable qui plane au-dessus des dispositions de la loi écrite (v. Jacques Lambert, *op. cit.*, notamment pp. 9, 26 et 32).

TITRE III

THÉORIE GÉNÉRALE DES DROITS

102. Définition et plan. — Les droits. — *Les droits* sont les facultés, les prérogatives qui nous sont reconnues par le *Droit* et dont nous jouissons sous la protection des pouvoirs publics : droit de propriété, droit d'usufruit, droit de créance, droit de vote, etc. Pour les distinguer du Droit, envisagé dans son ensemble et en tant que science sociale, on les qualifie parfois de *droits subjectifs*.

Dans l'étude très générale que nous présentons à leur sujet, nous nous préoccuperons :

1° De leur *classification*;
2° De leurs *sources*;
3° De leur *exercice*;
4° De leur *preuve*.

CHAPITRE PREMIER

Classification des droits

103. — Dans une législation libérale telle que la nôtre, où règne le principe de la liberté des conventions, les droits peuvent revêtir des nuances infinies et il serait vain de tenter d'en dresser une liste limitative; du moins est-il possible d'établir des catégories et d'introduire par ce moyen un peu d'ordre dans cette multitude.

Nous distinguerons les droits subjectifs :

1° En droits *patrimoniaux* et *extra-patrimoniaux*;
2° En droits *absolus* et *relatifs* (*réels* et *personnels*);
3° En droits *purs et simples* et droits affectés de *modalités*.

I. Droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux

104. — Cette classification est établie par rapport à la notion du patrimoine, lequel peut être considéré, en gros et

approximativement, comme l'ensemble des valeurs, positives ou négatives, ressortissant à une même personne, ou comme le réceptacle servant d'abri à l'actif et au passif d'un même individu.

Or, les éléments, actifs ou passifs, du patrimoine ainsi compris, présentent ce caractère commun d'avoir une signification pécuniaire, une valeur marchande; *droit patrimonial* est donc synonyme de *droit susceptible d'une évaluation pécuniaire*; les droits qui répugnent à une telle évaluation restent en dehors du patrimoine; ils sont *extra-patrimoniaux*, et, à ce titre, incessibles et insaisissables; tels sont les *droits politiques*, et, dans le domaine du droit civil, les *droits de puissance* (puissance paternelle, puissance maritale), et aussi les *droits moraux*, véritables attributs de la personnalité (*infra*, n° 205), avec laquelle ils font bloc au point de ne pouvoir en être détachés : *considération*, *honneur*; droit, pour un auteur, de rester maître de sa pensée, de décider notamment de la publication ou de la non-publication de son œuvre (*droit moral* de l'auteur, *infra*, n° 1528).

En droit privé, la très grande majorité des droits sont partie intégrante du patrimoine : nous nous occuperons d'eux seuls désormais.

II. Droits absolus et droits relatifs

(DROITS RÉELS ET DROITS PERSONNELS)

105. — Les droits *absolus* sont ceux qui peuvent être opposés à tout le monde, sans distinction, et dont le rayonnement est donc, à cet égard, illimité ou presque. Les droits *relatifs* sont ceux qui n'existent que dans les rapports de certaines personnes entre elles et dont le public n'a point à se préoccuper.

106. Droits réels et droits personnels (ou droits de créance). — Pratiquement, la classification que nous venons de présenter se confond presque avec celle des droits *réels* et des droits *personnels*, appelés aussi *droits de créance*. D'une part, en effet, les droits relatifs coïncident exactement avec les droits de créance; d'autre part, les droits absolus englobent essentiellement les droits réels; sans doute, ils comprennent quelque chose de plus, à savoir des droits extra-patrimoniaux tels que le droit à l'existence ou le droit à l'honneur, dont l'absolutisme ne saurait faire doute; mais, si l'on se confine dans le domaine patrimonial comme nous le faisons désormais, on peut tenir pour certain que les droits absolus sont tous des droits réels.

Droits intellectuels ou droits de clientèle. — On a cependant admis parfois l'existence, à côté des droits réels et des droits de créance, d'une troisième catégorie de droits patrimoniaux, constituée par les *droits intellectuels* ou *droits de clientèle* (droits d'auteur, brevets, marques de fabrique, enseigne, etc.); ils diffèrent des droits de créance en ce qu'ils ne sont pas relatifs, étant opposables à tous; mais ils se distingueraient des droits réels par leur caractère temporaire et aussi à raison de ce qu'ils ne comportent pas, pour leurs titulaires, un véritable usage. Cette thèse, présentée par Edmond Picard (*Le droit pur*, p. 121) et par J. Kohler, a été approuvée par MM. Colin et Capitant, dans leur *Cours de droit civil* (8e éd., t. I, n° 92); elle a été développée récemment, avec une grande force, par M. Roubier (*Droits intellectuels ou droits de clientèle*, 1935). En étudiant les droits réels, nous retrouverons plus loin cette conception que nous repousserons en ramenant les droits dits de clientèle au concept de la propriété, largement entendu.

Nous arrivons donc à cette définition simple : les droits réels sont des droits patrimoniaux absolus, c'est-à-dire opposables à quiconque; les droits personnels ou de créance sont des droits patrimoinaux relatifs, c'est-à-dire qui n'existent que dans les rapports de certaines personnes entre elles et que le public peut ignorer.

Exemple de droit réel : le droit de propriété; un propriétaire possède ce titre *erga omnes*; il peut, à l'occasion, s'en prévaloir à l'encontre de quiconque prétendrait y porter atteinte.

Exemple de droit de créance : le droit au remboursement d'une somme prêtée. Le prêteur est créancier de l'emprunteur, tant pour le remboursement du capital que pour le service des intérêts; mais il ne peut se prévaloir de son titre de créancier et du contrat intervenu, que vis-à-vis de son débiteur, l'emprunteur (et de ses héritiers). Pour toutes autres personnes, pour des *tiers*, le prêt intervenu est sans réalité; tout se passe dans le cercle des parties contractantes et, après elles, de leurs héritiers; le rapport obligatoire et son exécution sont affaire d'ordre intérieur entre créancier et débiteur.

107. Droit de suite et droit de préférence. — On exprime pratiquement ces idées et on leur donne une signification plus précise en disant que le titulaire d'un droit réel a le droit de *suite* et le droit de *préférence*, tandis que ces attributs ne sont nullement attachés aux droits de créance. En effet, un propriétaire par exemple, du moment qu'il est

investi d'un droit absolu, pourra réclamer, revendiquer son bien partout où il le trouvera; il le suivra en quelques mains qu'il passe; il exercera le droit de suite; et, par la même raison, il n'aura rien à craindre de simples créanciers, titulaires de droits relatifs qui ne lui sont point opposables; il aura un droit de préférence qui lui permettra de les écarter. Entre eux, la lutte est inégale, puisque le droit de l'un des adversaires est opposable à l'autre et qu'il n'y a pas de réciprocité; si, par exemple, c'est un contrat de dépôt qui est intervenu, le déposant qui veut reprendre la chose confiée au dépositaire n'a pas à craindre le concours des créanciers de celui-ci; il est titulaire d'un droit réel, opposable à tous, notamment auxdits créanciers, au lieu que ceux-ci, investis de droits purement relatifs, ne sauraient émettre la prétention de s'en prévaloir contre lui.

Le droit de suite et le droit de préférence sont ainsi les affirmations pratiques, les manifestations extérieures du caractère absolu qui distingue les droits réels par opposition aux simples droits de créance, prérogatives d'ordre interne et à faible rayon d'action.

107*bis*. — Il existe d'ailleurs d'autres différences entre droits réels et droits personnels, celle-ci notamment que les premiers confèrent généralement à leurs titulaires un *pouvoir direct* sur la chose sur laquelle ils portent : pouvoir d'utilisation, de jouissance, d'administration, de disposition; c'est ainsi que le propriétaire d'une maison peut l'habiter lui-même ou la louer; que le maître d'un domaine peut le cultiver ou l'affermer, ou en partager l'exploitation avec un métayer; mais le créancier n'a pas un tel pouvoir juridique et économique. Seulement, cette différence entre les deux catégories de droits n'est pas constante; elle ne concerne que les *droits réels principaux*, à l'exclusion des *droits réels accessoires* ou *droits de garantie*; c'est ainsi que l'hypothèque, considérée généralement comme un droit réel, ne confère cependant pas à son titulaire la maîtrise, l'usage du bien hypothéqué (*infra*, t. II, n^os^ 1635 et 1867).

III. Droits purs et simples et droits affectés de modalités

108. — Pour comprendre à quoi se ramènent les droits *pur et simples*, qui constituent la règle très générale, le mieux est de prendre d'abord une idée des *modalités* dont les prérogatives individuelles sont parfois affectées.

Ce vocable a un sens large et un sens plus limité : dans

son acception la plus générale, il vise toutes les manières d'être, toutes les variantes que les droits sont susceptibles de présenter et de comporter; mais, parmi ces manières d'être et ces variantes, il en est deux, particulièrement pratiques et importantes, qui constituent les modalités par excellence, les seules que l'on ait ordinairement en vue lorsqu'on parle de modalités : ce sont le *terme* et la *condition*.

109. Terme et condition. — Ces deux sortes de modalités présentent des caractères communs :

1° Elles consistent dans des événements intéressant, affectant un droit;

2° Ces événements sont futurs; ils ne sont pas encore réalisés;

3° Le terme, comme la condition, ne sont pas des éléments nécessaires à l'existence ou à la validité d'un acte ou d'un droit; on pourrait les retrancher sans compromettre cette existence ni cette validité; ils présentent un caractère adventice et accidentel;

4° Ils ne font pas obstacle à ce que le titulaire du droit accomplisse des actes de conservation.

A cela se bornent les similitudes; la différence capitale se manifeste en ceci que le terme est un événement futur qui se réalisera certainement, au lieu que la condition est un événement futur dont la réalisation est problématique; le terme arrive toujours, un moment ou l'autre ; la condition peut, soit se réaliser, soit défaillir.

Exemple de terme : une date, le 15 mars prochain; ou bien un événement fatal : le décès de telle personne.

Exemple de condition : l'arrivée d'un navire au port; le mariage de telle personne; son décès avant celui de telle autre personne.

Indivisibilité de la condition. Il est à noter que la condition ou bien se réalise complètement ou bien défaille absolument; une réalisation partielle est inconcevable et équivaudrait à une défaillance totale. C'est en ce sens que l'on parle de l'*indivisibilité* de la condition; en pareille matière, c'est tout ou rien.

110. Modalités suspensives et modalités extensives ou résolutoires. — Le terme et la condition peuvent être utilisés de deux manières différentes; on peut s'en servir, soit pour suspendre le droit, pour le tenir en haleine, soit à l'inverse pour l'anéantir prématurément.

1° Pour suspendre le droit, dans son existence ou dans

ses effets; la modalité est alors dite *suspensive*; elle est à retardement.

Exemple de *terme suspensif* : le débiteur promet de payer au créancier telle somme d'argent le 15 mars.

Exemple de *condition suspensive* : le débiteur promet telle somme d'argent ou s'engage à effectuer telle livraison, si tel navire rentre au port, ou si telle personne se marie.

Les événements futurs jouent alors un rôle temporisateur; ils agissent sur le droit comme un moratoire, ainsi qu'un frein; ils en suspendent le cours normal; ils le compriment dans sa source;

2° Les mêmes modalité peuvent être utilisées pour limiter le cours du droit, pour le détruire prématurément; la modalité est alors *extinctive* ou *résolutoire*.

Exemple de *terme extinctif* : le débiteur s'engage à servir une rente à telle personne jusqu'au 31 décembre 1945; un bail est conclu pour trois années et prendra fin le 24 juin 1938.

Exemple de *condition résolutoire* : une personne consent une donation à une autre, mais en stipulant que la libéralité sera résolue si elle survit au gratifié.

111. Différences de régime juridique entre le terme et la condition.

1° La différence essentielle est que *la condition rétroagit* alors que le terme est dépourvu de rétroactivité : il ne produit d'effet qu'à sa date.

Cette différence est constante; elle vaut pour les modalités extinctives comme pour les modalité suspensives. La condition rétroagit dans tous les cas, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, qu'elle s'accomplisse ou qu'elle défaille (art. 1179). En sorte que, de deux choses l'une : ou bien la condition suspensive se réalise (le navire arrive au port), et alors l'acte est censé conclu et le droit est considéré comme existant dès l'origine, dès le moment de l'accord; ou bien la condition défaille, et alors il est fait abstraction de l'acte intervenu et des droits qui en avaient conditionnellement découlé. Même observation pour la condition résolutoire; si elle se réalise, l'acte et les droits qui en résultaient sont rétroactivement anéantis; si elle défaille, tout se passe comme si elle n'avait jamais été apposée; l'acte est définitivement consolidé comme les droits auxquels il avait donné naissance;

2° Si maintenant on envisage seulement les modalités suspensives, on relève une différence plus limitée entre le terme et la condition : dès avant l'arrivée du terme, le droit existe,

et c'est uniquement l'exécution qui en est différée. Un débiteur à terme est un débiteur actuel : « *qui a terme doit* »; seule, l'exigibilité est ajournée. Au lieu que le droit affecté d'une condition n'est qu'un droit très imparfait; il représente une virtualité autant et plutôt qu'une actualité; sans aller jusqu'à dire, avec les jurisconsultes romains, qu'il se ramène à une simple espérance (*spes est debitum iri*), il faut bien reconnaître qu'il n'a qu'une existence subordonnée et hypothétique et que l'avenir décidera de sa destinée.

112. Différentes formes de terme et de condition. — Outre l'opposition capitale entre modalités suspensives et modalités extinctives, on distingue plusieurs sortes de termes et de conditions.

On oppose le terme *certain* au terme *incertain*, le premier étant celui dont la date de réalisation est connue à l'avance (tel jour), le second, celui dont l'échéance se produira à un moment imprévisible (le décès d'une personne).

Les conditions se divisent notamment en *casuelles*, *potestatives* et *mixtes* (art. 1169 et 1171). La condition casuelle dépend du hasard; la condition potestative dépend de la volonté de l'un des intéressés, soit de sa volonté concrétisée dans l'accomplissement d'un fait (l'exécution d'un voyage, par exemple), auquel cas elle est dite *simplement potestative*, soit de sa volonté purement discrétionnaire (*sic volo*). et alors on la qualifie de *purement potestative*. Quant à la condition *mixte*, c'est elle qui dépend à la fois de la volonté de l'une des parties à l'acte et de celle d'une tierce personne, tel le mariage avec une certaine personne.

113. Les droits éventuels. — Le droit éventuel — dont la théorie est encore à faire (v. cependant l'article de M. Demogue, dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1905, p. 723, et 1906, p. 231), est celui dont le sort dépend d'un événement intéressant l'un de ses éléments essentiels et constitutifs, en dehors desquels son existence serait inconcevable : par exemple, un contrat de mariage ne produit, jusqu'à la célébration du mariage, que des droits purement éventuels, car on ne conçoit pas de charte des intérêts conjugaux en dehors d'un mariage; de même, l'ouverture de crédit consentie par une banque à un de ses clients n'entre dans le domaine de l'actualité qu'autant qu'elle est utilisée; jusqu'à ce moment, elle reste dans celui de l'éventualité; de même pour l'acte au profit de personne future. Ce qu'il y a de caractéristique dans ces hypothèses et ce qui les distingue des actes et des droits conditionnels, c'est que le

futurisme y affecte, non plus un élément accidentel et extérieur à l'acte, pouvant en être détaché, mais un de ses éléments constitutifs et vitaux. De là cette conséquence, qui donne un intérêt pratique à la distinction, que la condition se réalise rétroactivement au lieu que le droit éventuel devient actuel *sans rétroactivité*, laquelle ne trouverait aucune prise puisque les conditions nécessaires à l'existence même de l'acte n'étaient point réunies. De plus, et pour la même raison, on ne conçoit pas qu'une *prescription extinctive* puisse courir à l'encontre d'un tel droit.

Il n'en reste pas moins que le droit éventuel présente une certaine réalité : 1° il permet à un titulaire de procéder à des *actes conservatoires*; 2° il est susceptible de *se transmettre*, notamment par voie de succession; 3° il offre une résistance appréciable à toute tentative d'application *rétroactive* d'une législation nouvelle.

114. Les simples expectatives. — Les simples *espérances* ne constituent pas des droits, même simplement éventuels; elles correspondent à des situations de fait plutôt qu'à des situations juridiques : ce sont des intérêts qui ne sont pas juridiquement protégés et qui ressemblent fort à des « châteaux en Espagne »: telles les « espérances » qu'un héritier présomptif fonde sur le patrimoine du parent dont il espère bien recueillir un jour la succession.

En général, les simples expectatives n'autorisent pas ceux qui y sont en proie à accomplir des actes conservatoires; elles ne sont point transmissibles; et, comme nous l'avons vu, elles peuvent être ruinées par un changement de législation sans que la loi qui les dissipe puisse être taxée de rétroactivité (*sup.* n^os^ 78 et suiv.).

115. Droits purs et simples. — Nous savons maintenant, grâce à des définitions et à des éliminations successives, ce qu'il faut entendre par droits *purs et simples* : ce sont ceux qui ne sont affectés d'aucune modalité, dont l'existence et l'exécution ne sont nullement suspendues et qui suivent, dès leur naissance, leur cours normal. Exemple : une vente au comptant intervient entre deux personnes; les droits qui en résultent, pour le vendeur comme pour l'acheteur, sont des droits purs et simples; ils prennent aussitôt naissance et l'exécution peut en être exigée sur-le-champ; ce sont bien des droits actuels, définitifs, dont les destinées s'accompliront normalement, en conformité de leur nature.

116. La hiérarchie des droits. — Les développements qui précèdent font se dégager toute une hiérarchie des droits:

1° Tout à fait au sommet, les droits *purs et simples*, qui sont actuels et définitifs, qui sont des droits parfaits, investis de tous leurs attributs, et qui constituent la règle;

2° Au-dessous, les droits affectés d'un *terme* (suspensif); qui sont bien actuels dans leur existence, non dans leur exigibilité;

3° Plus bas, les droits affectés d'une *condition* (suspensive), dont l'imperfection est sensiblement plus grave; l'existence même en est subordonnée à un événement, lequel se produira rétroactivement, de telle sorte que, de deux choses l'une: ou bien ils seront réputés avoir existé dès l'origine; ou bien il en sera fait table rase;

4° A un échelon inférieur, on rencontre les droits *éventuels*, qui sont des germes, des possibilités plutôt que des réalités. S'ils s'affirment jamais, ce sera sans rétroactivité;

5° Enfin, la liste se ferme par les *simples expectatives*, lesquelles à vrai dire, ne sont pas des droits, même en puissance, et ne sont que des intérêts auxquels la loi n'accorde point sa protection, même conditionnée.

Nous avons laissé en dehors de cette hiérarchie les obligations dites *naturelles*, lesquelles ne comportent qu'une sanction très imparfaite (*inf.*, t. II, n° 709) et qu'on pourrait placer entre les droits éventuels et les simples expectatives.

Chapitre II

Sources des droits
Théorie sommaire des actes juridiques

117. — A regarder la vie juridique de très haut, tous les droits ont leur source première dans un texte de loi ou bien dans la coutume; car les contrats ne sont eux-mêmes productifs d'obligations qu'en vertu de la permission du législateur (art. 1134).

Mais, si la source première est une, les sources immédiates et directes sont variables, et les rapports juridiques dérivent :

1° De la *loi;*
2° Des *actes illicites* (délits et quasi-délits);
3° De *l'enrichissement illégitime;*
4° Des *actes juridiques.*

118. 1° *Droit légaux.* — Ce sont ceux qui ont la loi pour origine exclusive et pour raison suffisante : droits politiques, capacité des personnes, droits de succession *ab intestat*;

2° Rapports obligatoires *délictuels* ou *quasi délictuels*. — Le *délit civil* est l'acte par lequel on lèse injustement et intentionnellement les intérêts légitimes d'autrui; le *quasi-délit* est l'acte par lequel on porte atteinte, injustement mais non intentionnellement, à ces mêmes droits, comme si un automobiliste renverse un piéton.

Une *négligence*, une *imprudence* sont d'ailleurs susceptibles, comme un fait positif, d'engager la responsabilité du coupable vis-à-vis de sa victime qui devient ainsi créancière délictuellement ou quasi-délictuellement;

3° L'*enrichissement illégitime* ou *enrichissement sans cause* est, lui aussi, créateur de rapports juridiques et constitutif de droits au profit de l'enrichisseur et à l'encontre de l'enrichi. Exemple : un individu effectue un paiement à un prétendu créancier auquel, en réalité, il ne devait rien; il a payé l'indu; l'*accipiens*, celui qui a reçu la somme, a encaissé une valeur à laquelle il ne pouvait prétendre; il a réalisé un enrichissement illégitime, sans cause juridique, dont il est comptable envers l'enrichisseur qui devient donc, de ce chef, son créancier.

119. 4° Les actes juridiques : ils sont la source essentielle des droits et c'est d'eux seuls que nous nous occuperons désormais.

120. Quelques définitions. — L'expression est amphibologique; car le mot *acte* est pris, suivant les cas, dans deux sens très différents : tantôt il vise une opération juridique (le *negotium* des Romains), par exemple une vente, un louage, un prêt; tantôt on l'applique au contraire à l'écrit qui a pu être dressé à l'occasion d'une de ces opérations et pour en constater l'existence : c'est dans ce sens, notamment, qu'on oppose l'*acte notarié* à l'*acte sous seing privé*; on se réfère alors à *l'instrumentum*, au titre écrit. Les rédacteurs du Code civil usent des deux acceptions et vont même parfois jusqu'à les mélanger et les cumuler dans un même texte; de là des confusions bien fâcheuses. Ici, nous prenons le mot *acte* dans son sens immatériel, comme synonyme de *negotium*; et nous nous conformerons d'ailleurs autant que possible à cette terminologie, réservant à l'écrit le nom d'*acte instrumentaire* ou d'acte écrit.

Tous les actes ne sont pas des actes *juridiques*; ils ne méritent ce qualificatif que s'ils sont intervenus en vue de produire des effets juridiques; le but poursuivi est ici décisif. Un délit est un acte, et générateur de responsabilité, donc de droits; il n'est cependant pas un acte juridique parce qu'il

n'a pas pour raison d'être la production d'effets juridiques; celui qui frappe, qui blesse autrui n'avait pas pour but de fournir une indemnité à sa victime, de devenir son débiteur.

L'acte juridique peut donc être défini : *celui qui est accompli en vue de produire des effets juridiques.*

Ces effets sont d'ailleurs susceptibles de varier à l'infini: ils ne s'analysent pas nécessairement dans la création de droits; il est des actes juridiques qui sont au contraire extinctifs de droits préexistants, par exemple le paiement; il en est d'autres qui sont simplement modificatifs ou confirmatifs d'une situation juridique antérieure (cession de créance, interruption d'une prescription, novation, reconnaissance de dette).

121. Les contrats. — Malgré tout, ce sont les actes juridiques créateurs de droits qui sont les plus intéressants et que nous envisagerons de préférence; le plus souvent, ils ne sont autres que des *contrats*, c'est-à-dire des accords de volontés s'unissant en vue de créer des droits; nous verrons cependant qu'exceptionnellement cette œuvre créatrice peut s'accomplir en l'absence d'un accord de volontés et en vertu d'une volonté unique : il y a alors un *acte unilatéral* qu'on oppose au contrat et qui a cependant la valeur d'un acte juridique.

122. Plan. — Mais, dans tous les cas, l'acte juridique est à base de volonté, laquelle en constitue le pivot et l'essence même, en sorte qu'une étude des actes juridiques se ramène à une étude de volonté : nous devons rechercher :

1° A quelles conditions la volonté privée produit des effets juridiques, et notamment, devient créatrice de droits;

2° Quels sont au juste les effets qu'elle produit, alors qu'elle s'est valablement affirmée.

Section I

À QUELLES CONDITIONS LA VOLONTÉ PRODUIT DES EFFETS ET DEVIENT GÉNÉRATRICE D'ACTES JURIDIQUES

123. — Ces conditions sont au nombre de trois :

1° La volonté doit avoir une signification juridique;

2° Elle doit être exempte de certains vices, elle doit être saine;

3° En général, elle doit s'unir à une autre volonté.

Ces trois conditions, si elles sont réunies, assurent la validité et l'efficacité de l'acte; ainsi le commande le principe de l'*autonomie de la volonté* que nous présenterons dans un quatrième paragraphe.

Après quoi nous rechercherons, dans un cinquième paragraphe, ce qu'il advient lorsque les conditions requises ne sont pas réunies (*Théorie des nullités*).

§ I. — PREMIÈRE CONDITION : LA VOLONTÉ DOIT AVOIR UNE SIGNIFICATION JURIDIQUE

124. — La volonté doit poursuivre un but juridique, sans quoi elle serait dépourvue de toute vertu obligatoire.

Nombreuses sont les conventions qui ne répondent pas à cette exigence, qui rentrent dans la catégorie des arrangements officieux, des complaisances, des tolérances, des bons offices et qui restent donc en dehors du domaine du droit; les participants ne sont pas obligés parce qu'ils n'ont pas voulu s'obliger, parce qu'ils n'ont pas agi en vue de faire une affaire, *animo negotii contrahendi*; les camarades qui décident d'entreprendre une excursion, une promenade, un voyage, n'ont pas voulu se lier juridiquement; mais si donnant suite à leurs projets, ils prennent des billets au guichet d'une Compagnie de chemins de fer, alors ils font une affaire, ils contractent avec cette Compagnie, ils émettent une volonté juridique qui enchaîne leur liberté et qui produit de multiples effets obligatoires. Sans doute, la ligne de démarcation n'est pas toujours facile à tracer entre la volonté tout court et la volonté juridique, entre le bon office et l'acte obligatoire; mais les principes sont certains et c'est au juge qu'il appartient, en cas de contestation, d'en réaliser l'application (V. L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 27).

§ II. — LA VOLONTÉ DOIT ÊTRE EXEMPTE DE CERTAINS VICES; ELLE DOIT ÊTRE SAINE

135. — Il est des causes qui excluent totalement la volonté; il en est d'autres qui se bornent à l'altérer.

Causes qui excluent la volonté : c'est, à notre avis et sauf d'importantes dissidences, le défaut même de volonté, de discernement : un enfant, un aliéné (sauf, pour celui-ci, une réserve relative aux moments de lucidité) ne peuvent pas émettre une volonté libre et réfléchie; de même pour l'indi-

vidu qui se trouve en état d'ivresse; c'est aussi (et sur ce point l'accord est unanime) l'*erreur* lorsqu'elle porte sur la nature même de l'acte ou sur l'identité de son objet : si je crois vous vendre telle maison alors que vous pensez la recevoir à titre de donation ou à titre de bail, ou encore si nous avons en vue des immeubles différents, il est évident que nous sommes les victimes d'un *malentendu*, insusceptible de produire des effets juridiques; comme nous le verrons, l'acte est alors *inexistant*.

126. Les vices du consentement. — Il arrive plus fréquemment que les parties émettent bien une volonté, mais que celle-ci est entachée d'un vice qui en compromet l'efficacité; l'acte accompli dans ces conditions n'est pas inexistant, il est simplement attaquable, *annulable*.

Les vices du consentement sont : 1° l'*erreur*; 2° le *dol*; 3° la *violence*; 4° *la lésion*.

A notre sentiment, il y a lieu d'ajouter en cinquième lieu l'*incapacité*.

127. — 1° L'*erreur*. Nous avons vu qu'elle est parfois exclusive de la volonté et du consentement : à l'inverse, il arrive qu'elle soit indifférente à la validité du contrat, telle celle que commet l'une des parties sur la valeur réelle de la chose, objet du contrat.

Entre ces deux extrêmes, figurent des erreurs intermédiaires qui sans exclure la volonté, l'altèrent cependant, par exemple celle qui porte sur les *qualités substantielles* de la chose, objet de l'acte; ou encore, parfois, sur l'*identité* ou sur les *qualités essentielles* des contractants, alors du moins que l'acte est conclu en considération de la personne de ceux qui y participent (art. 1110);

2° Le *dol*. Ce vice du consentement éveille l'idée de tromperie; c'est, disait Pothier, « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre ». A la différence de l'erreur, il n'est jamais exclusif du consentement; mais il joue le rôle de vice de ce consentement et il rend annulable l'acte passé sous son empire, à condition: 1° qu'il soit particulièrement grave : le *dolus bonus*, de pratique courante, ne tire pas à conséquence; il est toléré comme peu dangereux et facile à déjouer; 2° qu'il ait joué, dans la conclusion de l'acte un rôle déterminant (dol *principal*, par opposition au dol *incident*); 3° enfin, et du moins dans les contrats à titre onéreux, il faut que le dol ait été commis par l'une des parties vis-à-vis de l'autre; le dol de provenance externe expose bien son auteur à des dommages-intérêts, mais il ne

compromet pas la validité de l'acte conclu sous son influence (art. 1116);

3° La *violence*, laquelle n'est qu'un dol avec circonstances aggravantes : le contrat conclu sous la pression de menaces est annulable parce qu'il n'est point l'œuvre d'une volonté libre.

La violence est prise en considération et vicie le consentement quand bien même elle émanerait d'une tierce personne; il n'est pas nécessaire qu'elle se réalise dans le cercle du contrat: la jurisprudence est en ce sens (art. 1111 et s.);

4° La *lésion*. On entend par là le préjudice qu'un acte juridique cause à l'une des parties à raison des clauses qu'il contient, des conditions dans lesquelles il intervient; c'est, par exemple, une vente consentie *à vil prix* (la lésion est alors pour le vendeur) ou, à l'inverse, à un *prix excessif* (et c'est alors l'acheteur qui est lésé).

La lésion vicie-t-elle le consentement et détermine-t-elle l'annulabilité des contrats?

Il faut distinguer : si c'est un mineur qui l'a subie, oui, sans réserve; les mineurs sont toujours restituables pour cause de lésion (art. 1305); mais non si la victime est un *majeur de vingt et un ans*. Tel est du moins le principe (art. 1118), lequel ne comporte qu'un petit nombre d'exceptions; il est des contrats dans lesquels la lésion vicie le consentement, alors même qu'elle aurait été subie par un majeur. Exemples : la *vente d'immeubles*, lorsque c'est le vendeur qui est lésé, et de plus des sept douzièmes (art. 1674 et suiv.); le *partage*, acte essentiellement égalitaire qui ne saurait s'accommoder d'une rupture d'équilibre au détriment de l'un des intéressés et au profit des autres; une lésion de plus du quart suffit à en déterminer la chute (art. 887 et suiv.). Dans les autres contrats — et réserve faite de quelques autres dérogations qui seront signalées à leur place — la loi ne prend pas la lésion en considération : elle laisse libre jeu aux efforts individuels, au *fair play*; il ne faut pas qu'un contrat puisse tomber, après coup, sous le prétexte que l'une des parties a fait une mauvaise affaire : la sécurité des transactions en serait compromise; il appartient à chacun de défendre ses intérêts par des procédés licites et réserve faite du dol et de la violence;

5° Ici se clôt la liste traditionnelle des *vices du consentement*; nous y ajouterons l'*incapacité* de l'une des parties, non pas l'incapacité intégrale, comme celle qui atteint les enfants ou les aliénés, mais l'*incapacité civile*, établie par la loi, celle qui frappe un mineur parvenu à l'âge de discernement ou un individu pourvu d'un conseil judiciaire ou

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

une femme mariée. Les actes passés par ces personnes non assistées, sont annulables ou rescindables, nous le verrons, et c'est assurément parce que leur consentement n'est pas considéré comme suffisamment libre et réfléchi. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de constater que la nullité qui frappe de tels actes est régie à peu près par le même statut que la nullité ressortissant aux vices du consentement proprement dits. C'est donc que la théorie est homogène, c'est donc qu'elle est une.

§ III. — EN GÉNÉRAL, LA VOLONTÉ DOIT S'UNIR A UNE AUTRE VOLONTÉ

128. Principe. — En règle générale, il ne suffit pas d'une *déclaration unilatérale de volonté* pour produire des effets juridiques; pour arriver à ses fins, la volonté doit se lier à une autre volonté, c'est-à-dire qu'une *convention* doit intervenir entre deux ou plusieurs personnes.

129. Exceptions. — Cependant, cette impuissance de la volonté isolée à créer ou à modifier les rapports juridiques n'est pas d'une vérité constante et il arrive qu'une volition unilatérale ait des effets obligatoires.

1° D'abord, il est fréquent qu'une déclaration unilatérale de volonté suffise à *éteindre* un droit : un héritier renonce à une succession, un légataire à un legs, un usufruitier à son droit d'usufruit. L'objectif poursuivi est atteint en dehors de tout accord, de toute convention;

2° On peut acquérir certains droits, notamment devenir propriétaire, abstraction faite de toute convention : le chasseur, le pêcheur sont maîtres du gibier ou du poisson par droit d'occupation;

3° Ce qui est vrai, c'est que, en thèse générale, on ne peut ni acquérir une créance ni devenir débiteur par une manifestation unilatérale de volonté, et très logiquement, car l'établissement d'un rapport obligatoire entre deux personnes implique, en raison, leur accord préalable; c'est ainsi que, dans notre droit positif français, une promesse de récompense n'oblige point son auteur aussi longtemps qu'une autre personne ne s'en est point emparée, la transformant ainsi, par son adhésion, en un accord.

Mais, même dans ce domaine ainsi limité, la règle comporte bien des accommodements; il arrive parfois, et même fréquemment, qu'un individu se constitue débiteur de par sa seule volonté.

Par exemple, celui qui *reconnaît un enfant naturel* assume par cela même des obligations et des charges que nous décrirons; la même observation peut être faite pour celui qui entreprend une *gestion d'affaires*, qui accomplit spontanément et de sa seule initiative une affaire pour le compte et dans l'intérêt d'autrui; toute une série d'obligations lui incombent de ce chef, notamment celle de rendre compte de son administration.

De même encore, il est de jurisprudence constante que la personne qui adresse une *offre* à autrui en l'accompagnant d'un *délai*, s'engage par là même implicitement à maintenir ladite offre pendant ledit déli; il ne lui appartient plus de la retirer; l'offrant s'est donc ainsi lié lui-même, par son unique volonté. Et l'observation a une grande importance pratique, parce qu'en matière commerciale, on considère que toute offre est accompagnée d'un délai sous-entendu, tacite, celui-là même qui est consacré par les usages des affaires.

130. — En conclusion, on distingue deux grandes variétés d'actes juridiques :

1° Les *conventions*, lesquelles impliquent l'union de deux ou plusieurs volontés et portent plus spécialement le nom de *contrats* lorsqu'elles tendent à créer ou à transmettre des droits. La convention est le genre, le contrat, l'espèce;

2° Les *actes unilatéraux*, plus exactement à formation unilatérale, qui émanent d'une volonté isolée et qui, comme les conventions, peuvent soit créer des droits soit les éteindre.

Il faut noter soigneusement que les conventions ne sont pas tous les actes juridiques, mais uniquement ceux d'entre eux — les plus nombreux de beaucoup d'ailleurs et les plus importants — qui procèdent d'un accord de volontés.

§ IV. — L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

131. Le principe. — Lorsque la volonté répond aux trois caractères que nous venons de préciser, lorsqu'elle est juridique, saine et lorsque, s'il en est besoin, elle s'est liée à une autre volonté, elle est douée d'efficacité, elle produit des effets juridiques.

Et elle peut se donner libre carrière; elle a le champ libre; elle est autonome. Le principe de l'*autonomie de la volonté* domine incontestablement tout notre droit et lui imprime l'allure essentiellement libérale.

132. Les dérogations. — Ce principe ne peut être suivi à la lettre; le législateur ne peut pas abdiquer au profit

des fantaisies individuelles; ici comme partout, la liberté des particuliers doit composer avec l'intérêt collectif. Nous le constaterons en suivant le principe de l'autonomie dans ses deux régions d'élection: 1° dans la *forme*; 2° dans le *fond* des actes juridiques.

133. I. L'autonomie de la volonté et la forme des actes juridiques. — Envisagé sous cet aspect, le principe de l'autonomie de la volonté présente une double signification :

1re *signification* : les parties à un acte juridique donnent à leur volonté la forme qui leur convient; elles l'extériorisent à leur guise, sans être astreintes à suivre des règles déterminées, sans même être tenues de rédiger un écrit. Les actes juridiques sont, dans notre droit positif français, *consensuels*; ils se concluent *solo consensu*; ils sont dépourvus de solennité.

Il y a seulement lieu de noter :

1° Que, pour certains actes, des formalités spéciales sont requises, à titre exceptionnel; elles consistent notamment soit dans la rédaction d'un écrit, soit même dans la forme notariée (contrat de mariage, contrat hypothécaire), soit encore dans l'intervention de l'officier de l'état civil (mariage);

2° Que, même pour les contrats consensuels, il peut être fort imprudent de se passer de tout écrit; des difficultés de preuve peuvent alors surgir et chacune des parties se trouvera à la merci de la déloyauté de l'autre : *verba volant*; aussi, dans la pratique, les actes de quelque importance sont-ils l'occasion de la rédaction d'un *instrumentum* destiné à en fixer la teneur.

134. — Sous le bénéfice de ces deux importantes réserves, la règle de la consensualité domine notre législation; elle représente une conquête dont la réalisation fut lente et laborieuse. Dans les pays peu évolués, le droit est astreint à un formalisme rigide et, notammnt, la volonté des particuliers doit s'affirmer conformément à des règles strictes; elle doit être coulée dans un moule officiel et entrer, pour ainsi dire, dans une armure. (En droit romain, *stipulation*, *mancipation*, etc.). De cette façon, le droit revêt le maximum de certitude; l'emploi de formules sacramentelles évite les surprises, les embûches; la volonté juridique est canalisée par les pouvoirs publics; le droit des contrats revêt un caractère rituel. Ce régime est nécessaire à une époque où l'instruction est peu répandue et où le droit constitue une science ésotérique, réservée à un groupe de privilégiés. Par la suite,

lorsque l'instruction se propage et que le droit perd son caractère hermétique pour devenir accessible à tous, les inconvénients du formalisme frappent les esprit; il est une cause de lenteur, il exerce comme un freinage sur la vie juridique; et, de plus en plus, on est porté à désencombrer le droit de son appareil trop lourdement protecteur, à rejeter les *impedimenta* d'autrefois et à se contenter de volonté toute nue.

135. Retour apparent au formalisme primitif; les formalités de publicité. — Depuis un certain temps, il semble qu'un revirement se produise dans le sens d'un retour au formalisme; des formalités nouvelles, inconnues des rédacteurs du Code civil et par eux écartées, sont exigées par des lois récentes. Seulement, elles ne le sont plus dans le même esprit que jadis; ce n'est plus pour la *validité* des actes qu'elles sont imposées, du moins dans la plupart des cas, mais seulement pour leur *opposabilité*; ce ne sont pas des conditions mises à la formation, à l'existence de l'acte, mais uniquement des formalités de publicité — par exemple la *transcription* (*inf.*, n^os^ 1750 et suiv.) — en dehors desquelles cet acte ne rayonnera pas au loin. Ce formalisme-là s'explique tout autrement que l'ancien; par la multiplicité et le développement des relations juridiques et sociales et par l'élargissement de l'horizon juridique; nous traitons plus rapidement qu'autrefois et souvent avec des personnes qui nous étaient inconnues; il faut que nous ayons les moyens d'être renseignés sur leur situation juridique, sur leur capacité, sur les droits qui leur appartiennent quant aux biens pour lesquels nous traitons avec elles : avons-nous en face de nous une personne capable ou un incapable? Un propriétaire ou un usurpateur? La loi doit nous mettre à même de répondre à ces questions et d'être fixés sur ces divers points; c'est pourquoi elle soumet certains actes juridiques, pour leur opposabilité au public, à des formalité nouvelles, pourquoi, par exemple, une vente d'immeubles doit être transcrite sur un registre que chacun peut consulter; sinon, valable cependant entre les parties, elle sera sans effet, sans autorité vis-à-vis des tiers.

136. — 2^e^ *signification* : la formule dont les parties ont fait choix pour extérioriser leur pensée, n'a pas en elle-même une valeur intrinsèque et sacramentelle; elle n'est prise en considération que dans la mesure où elle traduit effectivement cette pensée à laquelle elle demeure subordonnée. Lorsqu'il s'agira de l'appliquer, de l'interpréter, le juge ne

s'en tiendra pas nécessairement à la lettre; allant au delà, s'inspirant de tous les éléments d'appréciation qui sont à sa portée, il s'enquerra de la volonté réelle du déclarant; en d'autres termes, la déclaration de volonté n'est que l'un des procédés d'investigation auxquels il aura recours pour pénétrer jusqu'à la pensée véritable des parties; les actes juridiques sont interprétés en dehors de tout formalisme et conformément à la bonne foi (art. 1156, 1160, 1163).

Un autre système serait concevable qui consisterait à prendre la déclaration telle qu'elle existe, à l'isoler de la pensée d'où elle est sortie, à ne tenir compte de la volonté du déclarant que dans la mesure où elle transparaît dans la formule employée. Le droit allemand sacrifie à cette tendance; il introduit le formalisme dans l'interprétation des actes juridiques qui sont examinés à la lueur de la croyance commune plutôt qu'à celle des intelligences dont ils sont le produit : système plus social, moins subjectif que notre régime français.

(V. sur ce point et pour la comparaison des deux législations française et allemande le livre classique de Saleilles sur *la déclaration de volonté.*)

137. II. L'autonomie de la volonté et le fond des actes juridiques. — Le principe de la liberté vaut pour le *fond* comme pour la forme; les contractants peuvent mettre dans leurs accords tout ce qu'ils jugent bon d'insérer; la règle est que *tout ce qui n'est pas défendu est permis.*

C'est donc qu'il y a quelque chose de défendu, au nom des intérêts de la société; et, en effet, aux termes de l'article 6 : « *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » Il est, parmi les dispositions du droit écrit, des lois que les particuliers ne sauraient écarter, auxquelles il ne leur appartient pas de déroger, à savoir celles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, notions d'ailleurs aussi vagues que fondamentales.

1° Comme lois intéressant l'*ordre public*, il faut citer, d'abord celles qui font partie intégrante du droit public, mais aussi certaines dispositions ressortissant au droit privé, telles que celles qui régissent l'*état* et la *capacité* des personnes ou bien *l'organisation de la propriété foncière*;

2° Les lois intéressant les *bonnes mœurs* sont celles qui frappent telles ou telles conventions, clauses ou combinaisons comme entachées d'immoralité. On peut citer, dans cet ordre d'idées, les dispositions prohibitives des *pactes sur succession future*, non encore ouverte.

En fait, la détermination des lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs est extrêmement délicate et prête à l'arbitraire; l'article 6 confère au juge un pouvoir redoutable et presque sans limites. Dans l'application, il tient compte, fort sagement, de l'état des mœurs et de l'opinion publique; il ne doit pas perdre de vue le caractère changeant et évolutif de la moralité juridique : dans notre ancienne France, le *prêt à intérêt* était considéré comme une opération immorale, et les rédacteurs du Code civil ont vu, dans l'*assurance sur la vie*, une combinaison aussi dangereuse qu'odieuse : nos idées ont bien évolué sur ces deux points.

§ V. — SANCTIONS DES CONDITIONS REQUISES

Théorie des nullités

138. — Lorsque les conditions requises pour la validité d'un acte juridique ne se trouvent point réunies, la sanction consiste dans l'inefficacité de cet acte, ou, pour parler le langage juridique, dans sa *nullité*, au sens large et générique du mot : nous sommes donc ainsi amené à exposer, dans ses lignes ethniques, la théorie générale des nullités.

L'œuvre est ardue, car, en pareille matière, la jurisprudence est incertaine, flottante et parfois même chaotique; elle manque de précision dans son langage parce qu'elle manque de netteté dans la pensée; et la doctrine, malgré tous ses efforts, n'est point parvenue, on doit le reconnaître, à mettre de l'ordre dans les éléments épars et disparates sur lesquels elle doit exercer ses facultés de classement et de coordination.

139. La distinction tripartite des actes inexistants, des actes atteints de nullité absolue et des actes simplement annulables. — Il est évident que la sanction des irrégularités commises ne saurait être la même en toute occurrence : comment songer à traiter pareillement l'absence de consentement et le consentement simplement vicié? Il y a des cas plus ou moins graves; la théorie des nullités doit être souple, elle doit comporter toute une gamme de nuances.

Dans l'état actuel de la doctrine et aussi, depuis quelques années, de la jurisprudence, on distingue, à cet égard, trois grandes catégories de sanctions consistant dans l'*inexistence*, dans la *nullité absolue* et dans la *nullité relative* ou simple *annulabilité*.

140. — 1° *L'acte inexistant* est celui qui manque d'un élément essentiel, d'un organe vital, en sorte qu'il ne répond même pas à la définition générique qui en est donnée par la loi : par exemple, les parties n'ont pas entendu se lier, la volonté juridique a fait défaut; ou bien leurs volontés ne se sont pas rencontrées, il y a eu erreur sur l'identité de l'objet ou sur la nature de l'acte; ou encore, l'un des intéressés n'a pas manifesté de volonté du tout, ou le contrat n'a point d'objet.

En pareille éventualité, il ne suffit pas de dire que l'acte est nul; il faut dire qu'il n'y a pas d'acte juridique; on est en présence d'une apparence, d'un malentendu, d'une *tentative* d'acte plutôt que d'un acte, et d'une tentative qui a avorté : l'acte est à peu près mort-né; il est « dépourvu d'existence légale » (Civ. 16 nov. 1932, *D. H.*, 1933, 4).

141. — 2° A l'acte inexistant, on oppose l'*acte nul*, lequel est pourvu de tous ses organes constitutifs et répond donc à la définition qu'en donne la loi, mais se heurte à un obstacle décisif. Il y a bien contrat, par exemple il y a bien vente, nul n'hésitera à le dire, mais l'un des éléments vitaux de l'acte est atteint d'un vice qui est susceptible d'en déterminer la destruction, de même qu'un organisme humain, vivant mais atteint d'une maladie, est menacé de la mort.

Seulement, de même qu'il existe des maladies plus ou moins graves, il est des nullités plus ou moins sévères; et c'est ici qu'intervient la distinction entre nullités absolues et nullités relatives.

142. — Les *nullités absolues* sont aussi qualifiées de *radicales*, ou encore de *nullités d'ordre public* : nous pouvons dire tout de suite qu'elles sanctionnent les règles d'ordre public et notamment l'article 6 du Code civil. Si des personnes concluent un pacte sur succession future ou si elles passent une convention en vue de commettre et de récompenser un crime, un délit ou une contravention, l'acte intervenu dans ces conditions est nul de nullité absolue.

Les *nullités relatives* sont celles qui sanctionnent des règles protectrices d'intérêts particuliers, d'intérêts privés; on pourrait donc les qualifier, et on les qualifie parfois de *nullités d'ordre privé*. En gros, elles entrent en jeu lorsque le consentement de l'une des parties a été vicié (erreur, dol, violence, lésion, incapacité); elles viennent au secours de la faiblesse.

143. — Voilà donc une classification très nette : sont *inexistants* les actes qui manquent d'un organe constitutif et

ne répondent pas à leur propre définition; sont *nuls de nullité absolue* ceux qui, doués de leurs éléments constitutifs, choquent une règle d'ordre public; sont simplement *annulables* ceux qui ont été conclus sous l'empire d'un des vices du consentement pris en considération par la loi.

Mais il ne suffit pas qu'une classification soit limpide; encore faut-il qu'elle soit légale; celle-ci est-elle consacrée par la loi? Elle l'est à mots couverts, plutôt qu'expressément, et de là des flottements, doctrinaux et jurisprudentiels. La distinction des nullités en absolues et relatives, qui remonte jusqu'au droit romain, jusqu'à l'opposition du droit civil et du droit prétorien, avait passé dans notre ancien droit (*Observations du président* Bouhier sur *les coutumes de Bourgogne*, chap. XIX, §§ 12 et 13); elle fut rappelée au cours des travaux préparatoires du Code civil, et on peut la considérer comme consacrée par l'article 1117, lequel oppose la convention « *nulle de droit* » à celle qui, atteinte d'un vice, « *donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision* ». Aussi comprend-on que cette première discrimination, à l'intérieur des nullités, soit admise sans difficulté par les auteurs comme par la jurisprudence.

La distinction de l'inexistence d'avec les nullités est d'origine beaucoup plus récente; elle est étrangère au droit romain et aussi à notre ancien droit; elle fit son apparition, lors de l'élaboration du Code civil, à propos du mariage et sur la suggestion du Premier Consul qui n'admit pas qu'on traitât de même le cas où la femme aurait dit «non » devant l'officier de l'état civil et celui où elle aurait dit « oui » après avoir été l'objet d'une contrainte. Dans le premier cas, fit-il observer, il n'y a point de mariage du tout; dans le deuxième, il y a un mariage nul; et l'article 146 contient les traces de cette opposition : « *il n'y a pas de mariage* lorsqu'il n'y a point de consentement ».

Malgré ce précédent, le concept de l'inexistence était fort contesté jusqu'à ces dernières années; les auteurs ne lui étaient pas favorables et la jurisprudence ne s'y référait guère; mais, dans ces derniers temps, il a gagné du terrain; le scepticisme des auteurs est devenu moins tranchant, la plupart des publicistes accueillent cette notion pour le droit administratif (Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e éd., t. II, p. 496; Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12e éd., p. 439; Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, p. 130; Rolland, *Précis élémentaire de droit administratif*, n° 379; *contra*, Mestre, note *S.*, 1933, 3, 65), et surtout la Cour de cassation s'y est référée expressément (Req., 30 déc. 1902, *S.* 1903, 1, 257, avec la note de

M. Tissier, Civ. 16 nov. 1932, précité; comp. la thèse de M. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*).

144. Plan. — Au point où nous en sommes arrivé, deux problèmes se posent :

1° Quels sont les *intérêts* de la distinction tripartite?

2° Comment en fixer au juste les termes? Dans quels cas y a-t-il inexistence, nullité absolue, nullité relative?

145. I. Intérêts de la distinction tripartite. — Ils se groupent autour des points suivants :

1° *Qui* peut arguer de l'inefficacité de l'acte?

2° Peut-on *renoncer* à se prévaloir de cettte inefficacité et *confirmer* l'acte qui se trouverait alors purgé du vice dont il était atteint?

3° L'inefficacité est-elle *de droit*? Ou bien doit-elle être prononcée par un jugement? Et à partir de quel moment opère-t-elle?

146. Premier point: qui peut arguer de l'inefficacité de l'acte? — Sous cet aspect s'affirme l'opposition entre la nullité relative d'une part, la nullité absolue et l'inexistence d'autre part.

Dire d'une nullité qu'elle est *absolue*, c'est dire qu'elle existe dans toutes les directions, *erga omnes*, et que tout intéressé est à même de l'invoquer : comment en serait-il autrement puisque, par définition, elle est prononcée dans l'intérêt général? Quant à l'acte inexistant, c'est *a fortiori* qu'il faut donner la même solution, puisqu'il n'est pas venu à la vie juridique.

Au contraire, la nullité *relative* — et son nom l'indique suffisamment — n'est édictée que dans l'intérêt d'une personne ou d'une catégorie de personnes; elle n'a qu'une valeur relative : seul, celui que l'on a voulu protéger pourra se réclamer de l'inefficacité de l'acte, par exemple la victime de l'erreur ou bien le mineur qui a traité en état d'incapacité. L'autre partie ne serait pas admise à se plaindre, car ce n'est pas elle que l'on a voulu protéger; elle se trouve donc à la merci du titulaire de l'action en nullité qui peut, à son gré, ou bien respecter l'acte, ou bien le faire tomber. L'article 1125 est formel en ce sens, pour le cas d'incapacité, et la solution est évidemment la même pour le cas de vice du consentement proprement dit.

Seulement, ce texte ne résout la question que contre la personne qui avait traité avec l'incapable ou avec la victime; c'est à cette personne-là seulement que l'article 1125

dénie l'action en nullité : que décider pour toutes autres personnes, pour celles qui n'ont pas participé à l'acte et que cet acte peut cependant gêner? Vont-elles pouvoir arguer de la nullité dont il est atteint? Jusqu'à ces dernières années, la question n'existait même pas; la solution négative était considérée comme un truisme. Mais la Chambre civile a rendu, en 1910, une décision d'où il semble résulter que les nullités dites relatives pourraient être invoquées par tous intéressés, réserve faite de celui qui a joué le rôle de contrepartie et qui est formellement exclu par l'article 1125; cette disposition ne concernerait, d'après la Cour suprême, « que les rapports avec les parties contractantes » (Civ., 18 oct. 1910, *D. P.* 1912, 1, 233, note Jean Appleton). Singulière nullité *relative* que celle qui serait *presque absolue*! Ce serait la condamnation de cette idée traditionnelle et de bon sens que les nullités de droit privé sont réservées à ceux dans l'intérêt desquels elles ont été édictées. Jusqu'à nouvel ordre et jusqu'à plus ample informé, il y a lieu de considérer cette décision, intervenue à l'occasion d'une espèce spéciale (une municipalité avait signé un contrat sans avoir été habilitée comme de droit), comme un accident fâcheux et isolé, et de maintenir l'opposition entre les nullités relatives, lesquelles ne peuvent être invoquées que par leurs bénéficiaires, et les nullités absolues ainsi que les inexistences, qui sont la chose de tout le monde, ou, du moins, de tous intéressés à s'en prévaloir.

Observation. — Du moment que la nullité relative n'appartient qu'à celui dans l'intérêt de qui elle est édictée, il en résulte : 1° qu'elle ne saurait être prononcée d'office par le juge, dans le silence de l'intéressé; 2° qu'elle ne pourrait être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ. 4 juin 1935, *D. H.*, 1935, 427).

147. Deuxième point : peut-on renoncer à se prévaloir de l'inefficacité d'un acte en le confirmant et en le purgeant ainsi du vice dont il était atteint?

Sur ce second point, l'opposition se continue entre les nullités relatives d'une part, les nullités absolues et l'inexistence d'autre part.

Celui dans l'intérêt de qui la nullité relative est édictée peut renoncer à s'en prévaloir; il est le maître de l'action en nullité; il peut la laisser sommeiller, c'est son affaire; en s'en dépouillant, il ne lèse que lui-même puisque l'intérêt public n'est pas en cause. Il lui est loisible de confirmer l'acte qui devient alors parfaitement sain et inattaquable. La loi fait de nombreuses applications de cette possibilité : articles 1115, 1311, 1338 et s.

Et cette solution va plus loin qu'on ne croirait d'abord, car une confirmation peut être tacite : si le titulaire de l'action en nullité demeure longtemps sans agir, alors qu'il est au courant de la situation et qu'il est capable, il sera considéré comme ayant voulu confirmer l'acte annulable; la loi établit en pareil cas une *présomption de confirmation* : après *dix années* de silence de la part de son titulaire, l'action en nullité d'une convention est prescrite (art. 1304).

Tout autre est la situation pour les actes atteints d'une nullité absolue et pour ceux qui sont inexistants.

La nullité absolue est d'ordre public; elle ne peut donc disparaître par la volonté d'un particulier; l'action appartient à tous les intéressés; c'est donc vainement que l'un d'eux renoncerait à l'intenter; elle survivrait cependant. Il n'y a donc pas place ici pour la confirmation, et pas davantage pour la prescription de l'article 1304, elle-même à base de confirmation.

Quant à l'acte inexistant, son sauvetage est inconcevable; on ne fait rien avec le néant; ce qui est zéro reste zéro. L'acte a avorté; il n'y a rien de fait (arrêt précité du 16 nov. 1932).

148. Troisième point : l'inefficacité est-elle de droit? Ou bien doit-elle être prononcée par un jugement? Et à partir de quel moment opère-t-elle?

Ici encore, commençons par envisager l'acte simplement annulable. Il est admis constamment qu'il n'est pas nul de droit, puisqu'il ne peut être incriminé que par une seule personne; tant que celle-ci n'a pas pris l'initiative de la nullité, il reste debout et il produit tous ses effets normaux, comme s'il était sain. En revanche, une fois annulé par le tribunal, il disparaît rétroactivement; solution rationnelle, puisqu'il était atteint d'un vice originel, contemporain de sa naissance. (V. l'art. 1117 qui déclare que la convention annulable « *n'est point nulle de plein droit* », mais « *donne seulement lieu à une action en nullité...* ») : le jugement d'annulation est, dans une large mesure, *constitutif* plutôt que *déclaratif;* il inaugure, il détermine une situation juridique nouvelle.

Mais que décider pour les actes radicalement nuls ou inexistants?

149. — Pour ces derniers, et malgré des formules inquiétantes qu'on relève dans les arrêts, nous pensons que l'inefficacité est de droit : si le tribunal est saisi et s'il décide, ce sera pour *constater* l'inexistence, non pour la *prononcer.*

Et ce n'est pas là une question de mots : si l'acte n'était pas inefficace de plein droit, il y aurait une action tendant à prononcer cette inexistence; et cette action se prescrirait, s'éteindrait par trente ans, conformément à la disposition très générale de l'article 2262 : « *Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans...* »; si bien qu'après trente années écoulées, on ne pourrait plus se prévaloir de l'inexistence d'une convention; mais à quel singulier résultat n'arriverait-on pas en suivant cette voie! Voilà un acte que l'une des parties a cru être une vente alors que l'autre pensait conclure un louage ou une donation : comment le temps pourrait-il valider une opération aussi informe, un tel malentendu? En fin de compte, est-ce une vente qui aura été conclue, ou bien un louage ou une donation? Même embarras et même impossibilité si l'erreur a porté sur l'identité de l'objet. On n'imagine pas que la prescription puisse accomplir son œuvre en pareil cas; on ne voit pas quelle prise elle pourrait trouver. Et, si elle est impossible, c'est qu'il n'y a pas d'action en inexistence, c'est que l'inexistence est de droit.

150. — Les *nullités absolues* doivent-elles être assimilées, à cet égard, aux nullités relatives ou bien à l'inexistence? Sont-elles encourues de plein droit? ou bien sont-elles l'aboutissement d'une action en nullité, laquelle se prescrirait par trente ans, par application de l'article 2262?

La jurisprudence a, sur cette question, une opinion bien étrange : pour elle, l'acte radicalement nul reste bien nul, indéfiniment et quoi qu'il advienne, mais l'action en nullité est prescrite après trente années; la nullité, elle, est bien perpétuelle; mais l'action qui sert à la faire valoir, à la réaliser, serait temporaire. (Req. 5 mai 1879; *D. P.*, 1880, 1, 145, note Ch. Beudant); et il n'est pas indifférent que l'acte reste cependant nul, car la nullité, ainsi d'ailleurs que toute nullité, fût-elle simplement relative, pourra en être proposée indéfiniment, *non par voie d'action* (l'art 2262 s'y opposerait), mais *par voie d'exception*; ce qui revient à distinguer pratiquement selon que l'acte nul a ou non été exécuté : a-t-il été exécuté? Par exemple, s'il s'agit d'une vente, la chose a-t-elle été livrée et le prix a-t-il été payé? Alors, on se trouve en présence du fait accompli sur lequel on ne peut pas revenir lorsque trente années se sont écoulées; car, pour y revenir, il faudrait une action en nullité, laquelle est prescrite par hypothèse; mais si l'acte n'a pas été exécuté, si, par exemple, la marchandise vendue n'a pas été livrée, la nullité pourra être utilisée,

proposée sous forme d'exception : le vendeur, à qui l'acheteur demande livraison, objectera efficacement la nullité de la vente : *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.*

Cette distinction entre l'acte lui-même qui reste nul indéfiniment, et l'action en nullité qui se prescrirait par trente ans, soulève des objections que nous exposerons plus loin; nous pouvons la négliger pour le moment, parce qu'à notre avis les nullités absolues sont *de droit* et qu'il n'existe pas une action tendant vraiment à les prononcer; la tradition est en ce sens : « *nihil actum est* », disaient les Romains en parlant de l'acte nul, condamné par la loi civile; le langage actuel n'est pas moins expressif : une nullité *radicale*, une nullité *de plein droit*, existe d'elle-même et sans que le tribunal ait eu à intervenir; le jugement qui la constate est *purement déclaratif* (Léon Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, p. 25). D'ailleurs et surtout, on ne comprendrait pas qu'un acte contraire à l'ordre public pût échapper à la destruction; contre l'ordre public il ne saurait y avoir de prescription; un acte contraire à l'intérêt général, aux bonnes mœurs, ne peut pas être purifié par l'action du temps; un scandale ne prend pas fin et ne s'atténue pas par cela même qu'il se prolonge; comment admettre que l'engagement qui tend à assurer à un malfaiteur, à un criminel, le prix de sa mauvaise action, puisse jamais revêtir une valeur quelconque, directement ou indirectement, et par la seule force des années? Et puis, nous l'avons vu, l'article 1117 oppose à la convention annulable, donnant ouverture à une action en nullité, la convention « *nulle de droit* », et il vise par ces mots l'acte atteint de nullité absolue, donnant clairement à entendre, par l'opposition rigoureuse qu'il établit, qu'il n'y a pas ici d'action en nullité proprement dite. Nous ajouterons que cette solution est couramment admise pour le mariage, en ce sens du moins que les nullités absolues y sont définitives et ne sauraient être couvertes par l'action du temps. (*Inf.* n° 822) : pourquoi en irait-il autrement des nullités absolues qui frappent des actes de catégorie différente? On n'en voit pas la raison.

Nous concluons que les nullités absolues sont de droit, comme l'inexistence même; il n'y a pas d'action tendant à leur proclamation, et par conséquent la prescription ne trouve point de prise; la nullité radicale peut être indéfiniment réalisée, par voie d'action comme par voie d'exception. Dans cette direction encore, les nullités absolues rejoignent pratiquement le concept de l'existence.

151. Nullité et inexistence. — Jusqu'à présent, nous avons vu l'acte radicalement nul et l'acte inexistant obéir au même statut, et alors se pose la question de savoir s'ils ne s'identifient pas, du moins pratiquement : à quoi bon les discriminer s'ils comportent un seul et même régime juridique?

Et, effectivement, on a nié qu'ils fussent à placer dans deux catégories différentes, et certains ont vu, dans l'opinion qui prétend les singulariser l'un par rapport à l'autre, une subtilité dénuée de toute signification, de tout rendement pratique. Mais ce confusionnisme juridique tend à tomber en discrédit et les auteurs les plus récents sont en général favorables à la discrimination des nullités absolues d'avec l'inexistence, non seulement les civilistes, mais également les publicistes. Ce fut Laferrière qui posa, en droit administratif, le principe et les termes de la distinction entre l'acte inexistant, « acte inefficace par lui-même », et l'acte nul (*Traité de la juridiction administrative*, 2e éd., t. II, p. 496), et cette discrimination a été généralement bien accueillie par les représentants du droit public; elle repose, en effet, sur des bases solides.

L'acte nul, même absolument, *a du moins la valeur d'une manifestation de volonté*; il est incorrect, inadmissible, mais il est; en affirmant sa nullité, on rend par cela même hommage à son existence; au lieu que l'acte inexistant est *à peu près* le néant. Ce n'est pas là pure question de mots : la jurisprudence a eu l'occasion d'en faire une réalité en décidant qu'une *enchère* portée par un particulier, sans ministère d'avoué, était insusceptible, à raison de son inexistence, de couvrir une enchère précédente; et il est admis qu'une disposition testamentaire portant sur une chose déterminée, ne serait pas révoquée par la donation inexistante ou par la vente inexistante de ladite chose, que le testateur consentirait ensuite, au profit d'une personne autre que le légataire (*inf.* t. III, n° 1652). Au contraire, une enchère simplement nulle serait susceptible de couvrir une enchère précédente, et une donation ou une vente nulle, même absolument, entraînerait la révocation tacite du legs antérieurement consenti par le testateur, pour la même chose et au profit d'une autre personne; car un tel acte, encore que nul, impliquerait, chez son auteur, une volonté de révocation qui se serait suffisamment affirmée. (V. pour le cas d'enchère, Req., 30 déc. 1902; *S.*, 1903, I, 257, note Tissier). De même, nous pensons que le pourvoi en cassation formé par un avoué qui n'aurait pas reçu pouvoir à cet effet, n'épuiserait pas le droit, qui appartient au plaideur con-

damné, d'utiliser cette voie de recours qui, n'ayant pas été exercée du tout, resterait à sa disposition, dans les délais légaux. *Nihil actum est.*

152. Récapitulation. — Il existe donc trois degrés dans l'inefficacité des actes juridiques :

1° La nullité *relative*, d'ordre privé, gouvernée par un statut qui lui est particulier;

2° La nullité *absolue*, d'ordre public, soumise à un statut très différent, beaucoup plus rigoureux;

3° L'*inexistence*, dont la régime rejoint ordinairement le précédent, mais non pas toujours : il s'applique à des actes non pourvus de tous leurs éléments constitutifs.

152*bis*. — *Acte inexistant et absence complète d'acte.* — Il faut cependant observer que l'acte inexistant est au moins *un acte avorté*; il est donc, à vrai dire, quelque chose de plus que le néant. Et c'est pourquoi certains effets juridiques peuvent y être attachés à titre exceptionnel; c'est ainsi qu'un mariage, célébré en dehors de l'intervention de tout officier de l'état civil, est susceptible, à raison de la bonne foi des parties, d'être pris en considération (*inf.* n° 860); au contraire, le concubinage n'est pas même un mariage inexistant; il n'évoque pas l'idée de mariage; il ne produit aucun des effets attachés à l'union légitime (*inf.* n° 860). De même, une donation inexistante est plus que l'absence complète de libéralité : l'article 1340 prévoit formellement sa confirmation par les héritiers du donateur.

153. II. Etablissement des termes de la distinction tripartite. — Ce n'est point seulement la détermination des cadres dans lesquels on inclut les différentes sanctions des règles légales qui suscite des difficultés et des divergences d'appréciation, c'est aussi la répartition, dans ces cadres, des différentes sanctions encourues : étant donné tel acte, certainement incorrect et inefficace, doit-on le considérer comme nul ou comme inexistant? Et, si l'on penche pour la nullité, quelle en sera la nature?

1° On s'est posé la question pour les actes conclus par un aliéné n'ayant été l'objet d'aucune mesure particulière, n'étant ni interdit ni interné. En général, les auteurs opinent pour l'inexistence, du moins si l'acte a été passé dans un moment de démence; en effet, la volonté de l'aliéné n'a pas été seulement viciée; elle a fait totalement défaut. Le consentement a manqué; or, sans consentement, pas d'acte juridique. Mais la jurisprudence considère que l'acte est

nul, et même simplement annulable; elle assimile ici l'absence de consentement à un simple vice. Son opinion se réclame de diverses considérations : d'abord du désir de refuser la nullité à la personne qui a traité avec le dément et qui n'est évidemment guère digne d'intérêt, résultat qui ne saurait être atteint qu'en attribuant à la sanction le caractère d'une nullité relative; puis de cette observation que les actes émanés d'aliénés interdits ou internés sont, nous le verrons, simplement annulables (*inf.* n° 545) : pourquoi décider autrement en ce qui concerne les actes passés par un aliéné qui n'a été l'objet d'aucune mesure particulière?

Le *mariage* est à placer dans une catégorie à part : l'absence de consentement chez l'un des époux entraîne la nullité *absolue* de l'acte (art. 184 modif. par L. 19 févr. 1933; *inf.* n° 801).

2° Une autre difficulté a surgi pour les actes soumis par la loi à des conditions de forme particulières et rigoureuses, tel un acte de *donation* pour lequel la forme notariée est requise: que décider si l'opération est constatée par un acte privé? Ici, le conflit existe dans la doctrine elle-même; sans doute, on tombe d'accord pour écarter la simple annulabilité; mais on hésite entre la nullité absolue et l'inexistence. A notre avis, c'est dans le sens le plus rigoureux que la question doit être résolue : la forme représente, dans les actes solennels, un élément constitutif de l'opération; suivant la tradition, *forma dat esse rei*; c'est la solennité qui donne à l'acte son existence même; sans elle, il n'est point. C'est d'ailleurs la solution qui est admise en matière de *mariage* : en l'absence de l'intervention d'un officier de l'état civil, il n'y a pas de mariage, de même aussi qu'en dehors des formes prescrites par la loi pour la rédaction des dernières volontés, il n'y a point de *testament*; nous ne voyons aucune bonne raison de traiter différemment les autres actes solennels et notamment la donation. (*Sic.* Barde, *Traité des obligations*, t. III, n° 1930).

154. Observations. — Une double observation doit compléter l'exposé précédent :

1° Il faut se garder de croire que les nullités ne soient encourues qu'autant que la loi les prononce expressément; il y a place pour des nullités implicites, pour des *nullités virtuelles* dont la détermination ne va d'ailleurs pas toujours sans difficulté;

2° Les règles que nous avons tracées ne sont pas d'une vérité absolue ni d'une application constante; elles comportent, dans l'application, bien des variantes, bien des

modalités. Notre système français est, sur ce point, fort décousu; s'il a l'avantage de la souplesse, il offre les inconvénients du flottement, de la dispersion, donc de l'arbitraire. *Ce sont seulement les grandes lignes, les directives essentielles* que nous avons prétendu dégager.

Section II. — EFFETS PRODUITS PAR LA VOLONTÉ JURIDIQUE VALABLEMENT AFFIRMÉE

De la représentation

155. Principe de la relativité des conventions. — Les actes juridiques, et spécialement les conventions, produisent tous les effets que les parties ont entendu y attacher, dans les limites de l'ordre public et des bonnes mœurs; mais leur empire ne dépasse pas le cercle des parties contractantes; vis-à-vis du public, vis-à-vis des tiers, ils sont sans autorité : *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*; ou, sous une forme rajeunie : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article* 1121. » (Art. 1165.) Cet axiome est fondé en raison : comment pourrais-je subir le contre-coup d'une opération à laquelle je suis demeuré complètement étranger? Les actes juridiques, relations entre des personnes déterminées, ne peuvent produire que des effets relatifs.

Cependant, celui qui s'en tiendrait à cette directive, serait dans l'ignorance des réalités; pour saisir celles-ci, il faut :

1° Déterminer ce qu'on doit entendre par parties contractantes;

2° Rechercher si la règle, ainsi placée dans son véritable cadre, ne comporte pas des dérogations.

156. I. Détermination des personnes qui sont parties à un acte juridique. — Idée de la représentation. — Il semble que les parties à un acte juridique, et, par exemple, à un contrat, soient invariablement les personnes qui y figurent ostensiblement, qui agissent, qui mettent leurs signatures au bas de l'écrit. Et sans doute tel est bien le principe, mais auquel il serait dangereux de se tenir obstinément, car encore faut-il tenir compte d'une possibilité juridique de réalisation fréquente, à savoir la *représentation* d'une personne par une autre.

Il peut arriver, en effet, que celui qui discute les clauses

du contrat, qui engage et poursuit les tractations, qui met sa signature au bas de l'*instrumentum*, il arrive que celui-là ne soit qu'un comparse, un intermédiaire, un représentant; ce n'est pas pour son propre compte qu'il parle et qu'il agit, mais bien pour le compte de son mandant, de son commettant, en sorte que les effets de l'acte se réaliseront, non point dans son propre patrimoine, mais bien dans celui du représenté. Ainsi les actes accomplis par un tuteur, en cette qualité, produisent leurs effets, non en sa faveur ou à son détriment, mais bien au profit ou à l'encontre du pupille qui n'y a cependant point participé et qui peut même les ignorer.

Cette idée de la représentation juridique nous paraît aujourd'hui toute simple; ce n'est pas facilement cependant qu'elle a conquis droit de cité dans le droit romain qui y fut pendant longtemps réfractaire; elle suppose, pour être acceptée, un certain affinement des esprits, une faculté d'abstraction dont les Romains des premiers siècles étaient incapables. Elle est indispensable à une saine application du principe de la relativité des conventions; oui, sans doute, les actes juridiques produisent effet entre les parties contractantes; mais, pour déterminer cette catégorie, il faut parfois percer l'enveloppe pour atteindre jusqu'à la réalité, écarter les contractants apparents pour démasquer les contractants effectifs; le représentant n'est point partie à la convention qu'il passe pour le représenté et dont les effets se réaliseront dans la personne et dans le patrimoine de celui-ci.

157. II. Dérogations à la règle de la relativité des conventions. — Nous grouperons ces dérogations sous trois rubriques : la troisième catégorie, seule, est vraiment effective et intégrale.

1re dérogation. — Les ayants cause universels et à titre universel. — Les actes juridiques produisent effet, non seulement vis-à-vis de ceux qui y jouent le rôle de parties effectives, mais aussi au regard de leurs ayants cause universels ou à titre universel.

On entend par *ayant cause* d'une personne celui qui tient un droit de ladite personne, laquelle a, vis-à-vis de lui, la position d'*auteur* : par exemple, un acheteur est l'ayant cause de son vendeur, un donataire est l'ayant cause du donateur, un héritier celui du défunt dont il recueille la succession; on peut donc dire que l'ayant cause est, *lato sensu*, le successeur de son auteur.

La transmission des droits qui s'est ainsi effectuée peut être de plus ou moins large envergure; elle peut porter sur un ou plusieurs biens limitativement déterminés, comme c'est le cas dans la vente; on dit alors que l'ayant cause est *à titre particulier*; elle peut, au contraire, affecter soit la totalité, soit une quote-part du patrimoine de l'auteur — la moitié, le tiers, le dixième — et l'on dit en ce cas que l'ayant cause est *universel* ou à *titre universel* : la plupart des transmissions à cause de mort présentent ce caractère; elles portent sur un patrimoine ou sur une quote-part de patrimoine, elles sont universelles ou à titre universel.

Or, cette distinction entre les transmissions à titre particulier d'une part, les transmissions à titre universel d'autre part, présente plusieurs intérêts essentiels: celui-ci notamment que les actes juridiques conclus par l'auteur ont leur répercussion à l'égard des ayants cause universels ou à titre universel, à l'exclusion des ayants cause à titre particulier : c'est ainsi que les engagements assumés par une personne incomberont, après elle, à ses héritiers, tandis qu'un acheteur, ayant cause à titre particulier, n'a point à s'inquiéter des actes passés par son vendeur dont il ne recueille le patrimoine, ni dans sa totalité, ni pour une quote-part. Les ayants cause universels et à titre universel doivent ainsi être assimilés, en quelque mesure, aux parties à l'acte elles-mêmes; et cette observation vise, non seulement les héritiers, mais aussi les *légataires*, universels ou à titre universel, ainsi que les *créanciers* eux-mêmes qui, à raison du *droit de gage général* qui leur appartient sur le patrimoine de leur débiteur (art. 2092), sont à considérer comme des ayants cause à titre universel appelés à subir la répercussion des actes passés par leur obligé.

158. 2e dérogation. — Les actes productifs de droits absolus. — Certains actes exercent un retentissement bien au delà du cercle des parties contractantes et de leurs ayants cause universel ou à titre universel : ce sont tous ceux qui tendent à *déplacer la propriété* ou à *constituer des droits réels* : du moment qu'ils sont productifs de droits absolus, opposables à tous, ils ont eux-mêmes, et par la force irrésistible de la logique, un rayonnement illimité. Si, par exemple, une vente intervient entre Primus, vendeur, et Secundus, acheteur, ce dernier acquiert la propriété de la chose vendue, et cela *erga omnes*; c'est donc, par définition même, que la vente a une valeur absolue, qu'elle rayonne au loin, que les effets peuvent en être invoqués par tous. Sans doute, nous le verrons, cette complète efficacité est

souvent subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités de publicité (transcription, inscription); mais cette particularité ne fait pas plier décidément le principe : c'est toujours l'acte juridique, par exemple la vente d'immeubles, qui, à la condition d'avoir reçu une certaine publicité, revêt une valeur absolue et s'impose à tous. Seulement, il faut bien reconnaître que la dérogation à la règle de la relativité n'est alors qu'assez approximative, puisque les parties, en contractant, n'ont pas voulu favoriser ou atteindre telle personne plutôt que telle autre : elles n'ont pas délibérément stipulé pour autrui.

159. 3e dérogation. — La stipulation pour autrui. Il est des actes qui, bien que productifs de simples rapports obligatoires, dépassent cependant par leurs conséquences le cercle des parties contractantes et des personnes assimilées; nous citerons, dans cet ordre d'idées, la *stipulation pour autrui*, laquelle a pour effet de rendre créancière une personne demeurée totalement étrangère à l'opération dont elle n'a peut-être pas même eu connaissance. Exemple : un père de famille souscrit une assurance sur la vie au profit de sa femme ou de ses enfants; les bénéficiaires deviennent créanciers de l'assureur en vertu du contrat intervenu entre celui-ci et le père de famille; ou bien un individu fait une expédition à l'adresse d'une tierce personne, il remet un colis à un entrepreneur de transports qui devra le faire parvenir à un destinataire désigné; ce destinataire devient créancier de l'entrepreneur en vertu du contrat de transport intervenu entre le voiturier et l'expéditeur, contrat auquel il n'a point participé et dont il n'a peut-être pas eu connaissance. L'article 1121 admet qu'un acte juridique puisse ainsi faire naître une créance directe au profit d'un tiers : c'est la *stipulation pour autrui*, le contrat en faveur de tiers.

160. — Ainsi se trouve battu en brèche, de différents côtés, le dogme de la relativité des actes juridiques et spécialement des contrats; il ne doit être accepté que sous bénéfice d'inventaire, en faisant état : 1° de l'assimilation aux parties contractantes de leurs ayants cause universel ou à titre universel; 2° du rayonnement dont bénéficient, par la force même des choses, les opérations translatives de propriété ou constitutives de droits réels; 3° de l'efficacité reconnue à la stipulation pour autrui dont le développement est une des caractéristiques du droit moderne.

V. sur cette question: Lepargneur, *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obliga-*

tions conclus par son auteur relativement au bien transmis, *Rev. trimest. dr. civil*, 1924, p. 481.

CHAPITRE III

De l'exercice des droits
Théorie de l'abus des droits [1]

161. Le prétendu dogme traditionnel de l'absolutisme des droits. — S'il fallait en croire un préjugé tenace, les droits subjectifs pourraient être exercés par leurs titulaires discrétionnairement, à toute occasion et dans un but quelconque, en toute impunité. Tant pis pour qui serait lésé par cette utilisation de prérogatives prétendument intangibles; l'auteur du dommage répondrait au plaignant: « *Feci sed jure feci* »; je vous ai causé un dommage, mais j'en avais le droit, je ne vous dois aucune réparation; *Dura lex, sed lex*. C'est le concept de l'*absolutisme des droits* qui a reçu en France un renfort puissant grâce à la *Déclaration des droits de l'homme* : le droit révolutionnaire est empreint d'un individualisme outrancier; il envisage l'homme en tant qu'une fin se suffisant à elle-même plutôt que comme élément de la communauté; en tant qu'individu plutôt que comme cellule première de la société.

162. Réfutation : relativité des droits. — Cette conception, qui prévaut encore de nos jours dans les pays anglo-saxons, est de plus en plus délaissée; ses partisans oublient que le droit se réalise, non dans le vide absolu, mais dans un milieu social et que, dans une communauté vraiment organisée, ils trouvent devant eux les droit égaux d'autrui. Concédés par les pouvoirs publics, ils ont une mission sociale à remplir, contre laquelle ils ne sauraient s'insurger; ils ne se suffisent pas à eux-mêmes, ils ne portent pas en eux leur finalité, laquelle les dépasse en même temps qu'elle les justifie; chacun d'eux a sa raison d'être, son *esprit* dont il ne saurait se départir. Ce n'est pas en vue d'un but quelconque qu'ils peuvent être utilisés, mais uniquement en fonction de leur esprit, du rôle social qu'ils sont appelés à jouer; ce n'est pas à tort et à travers qu'ils peuvent être exercés, mais à bon escient, pour une fin légitime et

[1] V. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927; *De l'abus des droits*, 1905.

à raison d'un motif légitime. Par exemple, ils ne sauraient être mis, en aucun cas, au service de la malice, de la mauvaise foi, de la volonté de nuire à autrui; ils ne peuvent pas servir à réaliser l'injustice ; ils ne doivent pas être détournés de leur voie régulière; sinon, leurs titulaires ne les exerceraient plus à vrai dire, ils en abuseraient, ils commettraient un détournement, un *abus de droits* dont ils demeureraient responsables envers les victimes possibles. Le pavillon ne suffit pas à couvrir la marchandise, quelle qu'elle soit; les droits nous sont conférés sans la garantie des pouvoirs publics; c'est à nos risques et périls que nous les exerçons et nous ne pouvons pas les mettre au service de l'injustice. Les Romains disaient déjà : *Summum jus summa injuria*. Sous une autre forme, *les moyens ne justifient pas la fin*.

Ainsi s'affirme la grande directive de la *relativité des droits*, laquelle ne constitue pas, à vrai dire, une nouveauté, mais a pris, dans ces dernières années, sous l'impulsion de quelques auteurs et avec l'autorité de la jurisprudence, un développement rapide, un essor singulièrement puissant : les législateurs eux-mêmes ont tenu, les plus récents du moins, à lui rendre un hommage solennel en la situant au seuil même de leur œuvre et en lui assurant ainsi une complète hégémonie. (*Sic* : Code civil *allemand*, art. 226 et 826; Code civil fédéral *suisse* de 1912, art. 2; Code civil des *Soviets* de 1923, art. 1[er]; Code civil de la République de *Chine*, art. 148; Code *libanais* des obligations, art. 124; projet de Code des obligations *commun à la France et à l'Italie*, art. 74, § 2; projet de Code civil *polonais*, art. 18 et suiv.).

163. Généralité du concept de la relativité des droits. — Ce concept domine, en thèse générale, tous les droits, privés ou publics; la théorie administrative du *détournement de pouvoir* n'en constitue qu'une application. Dans le domaine du droit civil, les prérogatives en apparence les plus absolues doivent se plier à lui, sans en excepter le droit de propriété, qui constitue cependant le *dominium*, le pouvoir-type.

Comme nous le montrerons plus loin (n[os] 1474 et suiv.), un propriétaire ne saurait user des attributs de son droit en vue de causer un préjudice à autrui, soit en pratiquant des fouilles dans le but de tarir la source du voisin, soit en élevant des ouvrages afin d'assombrir sa demeure : la malice ne peut pas constituer le ressort normal et régulier d'une activité juridique quelconque; et il n'est pas jusqu'au droit de plaider, de recourir à la justice, sous une forme ou sous

une autre, qui, en dépit de son caractère sacré, ne soit soumis à la loi commune : celui qui engage un procès par esprit de chicane, par malveillance ou par méchanceté, abuse des voies de droit et engage sa responsabilité : non seulement il succombera dans ses prétentions, non seulement il sera condamné aux dépens de l'instance, mais encore il encourra une condamnation à des dommages-intérêts à raison de la faute commise et du fait du détournement, de l'abus de droit dont il s'est rendu coupable. La bonne foi doit présider à la réalisation des droits.

164. Exceptions : droits absolus. — Il existe cependant un petit nombre de droits qui échappent à la discipline de l'abus et qui affectent un caractère absolu : leurs titulaires peuvent les exercer à toutes fins, dans un but quelconque, même malicieux, et sans risquer d'engager leur responsabilité. Ce sont là des droits amoraux, *non causés*, qui peuvent être mis indifféremment au service des désirs les plus légitimes ou les plus pernicieux et qui portent en eux-mêmes leur propre finalité. Nous en rencontrerons divers spécimens sur notre route, tels le droit, pour un ascendant, de faire opposition au mariage de son descendant (art. 179), ou le droit, pour une femme, de décliner la tutelle à laquelle elle est appelée (art. 428), ou celui qui appartient à un père de famille de déshériter ses enfants, du moins dans les limites tracées par la loi (art. 913 et suiv.), ou celui, pour un copropriétaire, de provoquer le partage de biens indivis (art. 815).

165. — Il arrive d'ailleurs que le départ entre les droits relatifs et les droits absolus soit l'occasion de contestations et de divergences : la question s'est posée notamment, en matière de presse, pour le *droit de réponse*, et, pour ce qui est du droit *civil*, pour le droit reconnu au propriétaire foncier d'acquérir la mitoyenneté d'un mur. La Cour de cassation, saisie du problème, l'a résolu, pour ces deux cas, dans le sens absolutiste; elle a vu, dans les prérogatives en question des droits absolus, non causés, pouvant être exercés discrétionnairement et en vue de fins quelconques. (Voy. pour la mitoyenneté : Civ., 11 mai 1925, *S.* 1926, t. 22, et, pour le droit de réponse, Civ., 21 mai 1924, *D. P.* 1924, 1, 97, note L. Josserand.)

De toute façon, ces droits abstraits, non causés, constituent une catégorie exceptionnelle; ce sont des sortes de *permissions d'agir*, plutôt que des droits véritables; en eux domine le côté réglementaire et technique qui obscurcit,

par dérogation au droit commun, l'origine et la nature sociales de tous droits subjectifs.

Chapitre IV

Preuve des droits et des situations juridiques

166. Importance de la preuve. — Il ne suffit pas d'avoir des droits; encore faut-il être à même, à l'occasion, d'en établir l'existence : les procédés par lesquels on réalise cet objectif constituent les *modes de preuve*.

Les règles qui gouvernent la preuve font partie du droit *sanctionnateur*, du *droit en action*. Ce sont surtout des règles de procédure. Cependant, leur exposé, sous une forme très compendieuse, trouve sa place en tête d'un traité du droit civil :

1° Parce que, dans bien des matières, la *forme* est inséparable du fond (mariage, divorce, séparation de corps, état des personnes);

2° Parce que, si les règles de preuve sont ordinairement des règles de procédure, il arrive souvent qu'elles trouvent à s'employer en dehors de tout litige : ainsi, les personnes qui veulent contracter mariage doivent prouver qu'elles ont atteint l'âge requis par la loi à cet effet;

3° Parce que le législateur a consacré, dans le Code civil même, tout un chapitre à la théorie des preuves (livre III, titre III, chap. 6 : *De la preuve des obligations et de celle du paiement*, art. 1315 et s.), chapitre dont l'intitulé est d'ailleurs trop limité, car ce ne sont pas seulement les obligations dont la réalité doit être établie à l'occasion, mais bien tous les droits, toutes les situations juridiques, sans distinction.

167. Plan. — Nous rechercherons :

1° *A qui incombe* la charge de la preuve;

2° Quels sont les instruments, les *modes de preuve*.

Section I

A QUI INCOMBE LE FARDEAU DE LA PREUVE

168. Principe. — C'est bien, en effet, d'un lourd fardeau qu'il s'agit : l'issue d'un procès peut dépendre du point

de savoir qui le supportera; dans l'obscurité des faits et des situations juridiques, celui-là succombera à qui on demandera de faire une lumière impossible, tandis que son adversaire triomphera par le seul droit d'inertie.

Or, le principe traditionnel est que, dans la lutte judiciaire, il appartient à chacun des plaideurs de fournir la justification des faits qu'il avance, d'établir le bien-fondé de ses prétentions, de ses allégations : *actori incumbit probatio* (art. 1315).

C'est donc, initialement, au demandeur que le fardeau de la preuve échoit; le défendeur peut se replier dans une attitude expectante; il peut demeurer sur la défensive. Mais il lui est loisible de prendre à son tour l'offensive, de transporter le débat sur un terrain nouveau, et, par cela même, il déplace le fardeau probatoire : *reus excipiendo fit actor*. Et le demandeur initial peut, à son tour, riposter, revenir à la charge, d'où nouveau déplacement de la charge de la preuve, et ainsi de suite. La lutte judiciaire peut ainsi revêtir des phases successives au cours desquelles les adversaires occuperont des positions différentes, ce qui est tout à fait logique, nul ne pouvant émettre la prétention d'être cru sur parole.

169. Exception : les présomptions légales. — Les présomptions légales sont « *des conséquences que la loi... tire d'un fait inconnu* » (art. 1349) ; d'un fait certain, établi, la loi déduit la réalité d'un fait incertain; par exemple, de ce fait qu'un enfant a été conçu par une femme mariée, le législateur conclut qu'il a pour père le mari de celle-ci : c'est la *présomption de paternité*, type représentatif de la présomption légale, laquelle s'analyse, non dans un procédé de preuve, mais bien dans une véritable *dispense* de preuve; art. 1352, § 1 : « *La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.* »

Cette dispense s'explique par des raisons variables suivant les cas : ici, par l'*impossibilité* d'obtenir une preuve directe (c'est le cas pour la paternité du mari) ; ailleurs, par le *calcul des probabilités* : il est naturel de présumer l'ordre normal des événements, le *plerumque fit*, plutôt que l'accident, et cette considération n'est pas étrangère, elle aussi, à la présomption de paternité; elle est au fond de la présomption qui milite en faveur du possesseur de la chose d'autrui, considéré, jusqu'à preuve du contraire, comme ayant été de bonne foi, comme ayant cru qu'il était lui-même le propriétaire (art. 2268) ; ou enfin, le législateur se propose, par l'établissement de présomptions, de déjouer des *fraudes* :

c'est ainsi que certaines personnes sont considérées parfois, par rapport à d'autres, comme jouant le rôle de *personnes interposées*, de simples comparses. Grâce à cette position, il ne servira de rien, par exemple, d'adresser une libéralité au conjoint d'une personne elle-même incapable de la recevoir; ce conjoint étant réputé personne interposée, le détour employé par le déposant sera inefficace et la libéralité sera, de toute façon, frappée de nullité (art. 911, § 2).

170. Force des présomptions légales. — Ordinairement la présomption légale cède devant la preuve contraire; celui qu'elle atteint a la facilité d'établir que, dans l'espèce, elle est contraire à la vérité; c'est ce qu'on exprime en disant que la présomption est *simple* ou *juris tantum*.

Exceptionnellement, la preuve contraire est écartée; la présomption devient irréfragable, *juris et de jure*. Il n'en est ainsi que dans deux catégories de cas indiqués limitativement dans l'article 1352, § 2 :

1° Lorsque, sur le fondement de la présomption, la loi prononce la nullité d'un acte (exemple : art. 911 précité);

2° Lorsque, sur ce même fondement, elle dénie l'action en justice. Exemple : la présomption de vérité attachée à la chose jugée; il n'appartient pas à la partie perdante de prouver que cette présomption porte à faux dans l'espèce : *res judicata pro veritate habetur*. Il faut, dans l'intérêt social, que les décisions judiciaires acquièrent une valeur définitive et hors de toute contestation.

Ce caractère irréfragable, que revêt dans des cas de ce genre, la présomption légale, comporte lui-même deux tempéraments prévus dans le texte même de l'article 1352 :

1° La loi a pu réserver expressément et exceptionnellement la preuve contraire;

2° Même en dehors de cette éventualité, il est possible, au moins dans certains cas, que l'autorité de la présomption soit renversée par le *serment* ou l'*aveu judiciaire*.

Mais nous arrivons ainsi à la deuxième question dont l'étude avait été annoncée.

Section II. — LES MODES DE PREUVE

171. Généralités. — Notre système français est très libéral : tout ce qu'on demande au juge c'est de se faire une conviction, et par des procédés réguliers. Notre législateur a abandonné l'ancien système de la *preuve légale*, c'est-à-dire le *dosage* et la *hiérarchie* des preuves. C'est ainsi que l'ancienne règle *testis unus testis nullus* a été proscrite de

notre droit : les témoignages sont pesés et non plus comptés. Le formalisme est, sinon totalement exclu de la matière des preuves, du moins réduit au minimum.

Cette réserve est motivée par la prépondérance reconnue, dans une certaine mesure, à tel mode de preuve par rapport à tel autre; l'aveu et le serment ont une valeur décisive; d'autre part, la preuve par témoins ne peut servir à contrebattre la preuve écrite : « ... il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes... » (art. 1341).

172. Différents modes de preuve. — Il faut citer :
1° La *preuve directe* par constatation matérielle des faits;
2° La *preuve écrite*;
3° La *preuve testimoniale*;
4° Les *présomptions de l'homme*;
5° L'*aveu* et le *serment*.

173. I. Preuve directe par constatation matérielle des faits. — C'est un procédé très efficace mais qui n'est pas toujours utilisable : tantôt le juge se rend lui-même sur les lieux pour procéder aux constatations nécessaires, par exemple pour examiner la disposition des parages dans lesquels un accident d'automobile s'est produit et pour recueillir les indices susceptibles d'aider à la reconstitution dudit accident (*descente sur les lieux*); tantôt le tribunal commet un ou plusieurs experts pour procéder à des constatations d'ordre technique pour lesquelles il manque lui-même de compétence : médecins, architectes, comptables, chimistes, etc. (*expertise*).

174. II. La preuve écrite. — Elle est la preuve par excellence, notamment à raison de son caractère *préconstitué* : elle est instaurée à l'avance, avant qu'il soit question de la mettre à profit, et non pas pour les besoins de la cause. Exemple : l'acte écrit qui est passé au moment d'une *vente* et pour en constater l'existence ainsi que les clauses; les *actes de l'état civil* qui sont dressés pour faire preuve de la naissance, du décès, du mariage, etc.

On désigne couramment l'écrit probatoire sous le nom d'*acte*; nous savons que ce mot prête à la confusion (*Sup.* n° 20); mieux vaut spécifier et dire : *acte écrit* ou *acte instrumentaire* ou *instrumentum*, ou *acte probatoire*.

L'écrit probatoire peut revêtir soit la forme *privée*, soit la forme *authentique*.

175. Actes sous seing privé. — Ce sont ceux qui sont rédigés par des particuliers, parties ou tiers, en dehors de

l'intervention d'un officier public; ils doivent être signés par les parties, et de là la dénomination qui leur est appliquée d'acte sous *seing* privé, c'est-à-dire sous signature privée.

L'autorité de ces actes peut être définie dans les termes suivants :

1° Ils ne font pas foi par eux-mêmes de leur origine, de leur provenance; celui à qui on les oppose peut en alléguer la fausseté, le caractère apocryphe : ce ne sont pas là, déclare-t-il, l'écriture ni la signature de leur auteur prétendu. Cette simple déclaration place la personne qui veut utiliser l'écrit contesté, dans l'obligation d'en établir la sincérité, la provenance exacte; elle s'acquitte de cette tâche en recourant à la procédure de *vérification d'écritures*, laquelle n'a rien d'exceptionnel, sinon qu'elle implique un renversement des rôles : c'est au détenteur de l'écrit contesté que le fardeau de la preuve incombe, à raison de la seule dénégation de son adversaire (art. 1324);

2° A supposer que la provenance de l'écrit ne soit pas contestée, ou, ce qui revient au même, qu'elle ait été judiciairement établie, il reste à savoir si les allégations qu'il renferme sont exactes. Le contenant est sincère, mais en est-il de même du contenu? C'est encore la question de la force probante de l'acte qui se pose sous un autre aspect.

Ici, nous rentrons dans le droit commun en matière de fardeau probatoire : c'est à celui qui taxe l'écrit d'inexactitude, de mensonge, de truquage, qu'il appartient d'apporter la preuve de son imputation; dans cette mesure, provision est due au titre privé, dont les énonciations sont faites jusqu'à preuve contraire. La preuve ainsi exigée peut, d'ailleurs, être administrée par les procédés ordinaires, réserve faite cependant des témoignages, lesquels sont impuissants, nous l'avons vu, à tenir une preuve écrite en échec (art. 1341);

3° Il est une mention de l'acte privé qui est soumise à un statut particulier : c'est la *date*. Il y a des personnes vis-à-vis desquelles elle est dépourvue, par elle-même, de toute autorité, à savoir les *tiers*. C'est seulement lorsqu'elle a été rendue *certaine* qu'elle leur devient opposable, par exemple et notamment lorsque l'acte a été *enregistré* (art. 1328). Hors d'une éventualité de ce genre, elle n'a d'autorité, par elle-même, que vis-à-vis des parties et jusqu'à preuve contraire (même texte).

176. Actes authentiques. — Les actes authentiques sont ceux qui ont été rédigés, reçus par un *officier public*

compétent (art. 1317); c'est-à-dire par un notaire (*acte notarié*), un officier de l'état civil (*acte de l'état civil*), un greffier, un officier de police, etc. Les *notaires* ont une compétence particulièrement étendue, *ratione materiae* du moins, car ils ont qualité pour recevoir toutes sortes d'actes et pour leur conférer l'authenticité, au lieu que la mission des autres officiers publics est limitée à certaines catégories d'actes.

Les actes authentiques sont ordinairement investis de la *force exécutoire*, c'est-à-dire que le créancier qui en est armé peut recourir d'emblée aux voies d'exécution, faire saisir et faire vendre les biens de son débiteur récalcitrant, pourvu du moins qu'il possède une *grosse*, c'est-à-dire une copie revêtue de la formule exécutoire.

C'est déjà là une différence notable qui sépare les actes authentiques des actes sous seing privé, mais ce n'est pas celle qui nous intéresse ici, puisque c'est la *force probante* des écrits qui nous occupe en ce moment.

Or, à ce point de vue encore, la supériorité de l'acte authentique, et, par exemple, de l'acte notarié, par rapport à l'acte sous seing privé, est écrasante.

1° L'acte authentique, œuvre d'un officier public, fait foi par lui-même de son origine, de sa provenance; étant revêtu de signatures, de cachets, de timbres difficiles à contrefaire, il porte la preuve de son authenticité. Si celui à qui on l'oppose prétend qu'il constitue un faux, c'est à lui qu'incombera le fardeau de la preuve, laquelle n'est d'ailleurs susceptible d'être administrée qu'au moyen d'une procédure particulière, dite en *inscription de faux*, procédure longue et dangereuse, qui présente un *caractère pénal*, car si celui qui l'a engagée y succombe, il encourt, outre la condamnation aux dépens, une amende assez élevée;

2° Cette procédure exceptionnelle est de mise également si la personne à qui l'acte est opposé, et qui n'en conteste pas le caractère authentique, prétend que les allégations qu'il renferme sont contraires à la vérité; la parole d'une officier public méritant une créance particulière, le plaignant devra *s'inscrire en faux* contre les énonciations prétendument inexactes et courir les risques inhérents à cette procédure exceptionnelle;

3° La date qui figure sur un acte authentique participe de la force probante attachée à celui-ci : elle est considérée comme exacte, vis-à-vis des tiers, comme vis-à-vis des parties, jsqu'à preuve contraire établie par le moyen de la procédure en inscription de faux.

177. III. La preuve testimoniale. — La preuve par témoins s'administre au moyen d'une procédure qui a nom l'*enquête*.

Le Code civil, suivant en cela la tradition, s'est méfié de la preuve orale qui est assurément sujette à caution. L'article 1341, modifié par la loi du 1er avril 1928 (v. aussi la loi du 2 déc. 1930 qui a modifié l'art. 1834 C. civ. et l'art. 41 C. com.), contient la double règle suivante :

1° La preuve par témoins n'est admise qu'autant que l'intérêt en jeu n'excède pas 500 francs (antérieurement à la loi du 1er avril 1928, 150 fr.) ;

2° Même dans cette limite resserrée, elle est impuissante à prévaloir contre l'écrit qui aurait été dressé pour constater l'existence d'une convention, la naissance d'une obligation.

Cette double règle semble réduire à peu de chose l'empire de la preuve testimoniale. Toutefois, il faut, pour apprécier sainement le rôle qu'elle est appelée à jouer, tenir compte des particularités suivantes :

1° *En matière commerciale*, la preuve par témoins est toujours admise, si élevé que soit l'intérêt en jeu (art. 1341, § 2; C. com., art. 109) ;

2° Même en matière civile, la rigueur des principes est tempérée par une série de palliatifs; la preuve testimoniale est admise, même au-dessus de 500 francs :

a) S'il existe un *commencement de preuve par écrit* (art. 1347) ;

b) S'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve écrite (v. les applications faites dans l'art. 1348) ;

c) Si le titre que détenait le créancier a disparu par un fait qui lui est étranger, par un cas de *force majeure* (art. 1348, 4°).

178. IV. Les présomptions de l'homme. — On nomme ainsi les conséquences tirées d'un fait connu à un fait inconnu, non plus par la loi elle-même (*présomption légale*), mais par le juge (art. 1349 et 1353). Il s'agit tout simplement ici de réflexion et de raisonnement; le magistrat base sa conviction sur des indices et sur des opérations de l'esprit. Le procédé vaut ce que vaut celui qui le réalise; il implique sagesse, perspicacité et réflexion. Aussi la loi recommande-t-elle au tribunal de ne retenir que les « *présomptions graves, précises et concordantes* », et limite-t-elle l'emploi de ce mode de preuve aux cas où la preuve testimoniale est admise : les deux méthodes probatoires ont exactement le même domaine (art. 1353).

179. V. L'aveu et le serment. — Ces deux instruments de preuve ont ceci de commun qu'ils consistent dans des déclarations, des affirmations émanées de l'une des parties : suivant que ces déclarations sont défavorables ou favorables à ceux dont elles émanent, elles constituent un *aveu* ou bien un *serment*.

1° L'*aveu* est une déclaration par laquelle l'une des parties reconnaît l'exactitude des prétentions, des dires de son adversaire; elle avoue, par exemple, lui avoir emprunté une somme d'argent.

Cette confession s'accomplit soit en justice, et l'aveu est alors *judiciaire*, soit en dehors d'une instance et il est alors *extra-judiciaire*. L'aveu judiciaire fait preuve complète contre celui dont il émane (art. 1356), et par lui-même, sans qu'il ait été accepté par l'autre partie; il est *irrévocable*; il ne peut pas être rétracté; enfin, il offre cette particularité d'être *indivisible* (art. 1356), en ce sens que le plaideur qui s'en réclame doit le prendre tel quel, sans pouvoir le retenir dans ce qu'il a de favorable pour lui, pour le repousser au delà de cette mesure : une telle ventilation serait inopérante.

L'aveu extra-judiciaire diffère essentiellement du précédent : d'une part, sa force probante est facultative pour le juge qui en tient compte dans la mesure où il estime convenable; et c'est bien pourquoi la règle de l'indivisibilité est alors sans emploi : le tribunal appréciera.

2° Le *serment* implique l'affirmation, par un plaideur, d'un fait, d'une circonstance qui lui sont favorables. En général, cette déclaration ne prouve rien, mais il en va autrement lorsqu'elle intervient sous la forme d'un serment. L'initiative de cette procédure exceptionnelle et subsidiaire peut émaner soit du juge, soit de l'un des plaideurs. Dans ce dernier cas, lorsqu'il est déféré par une des parties à l'autre, il prend le nom de *décisoire* parce qu'effectivement il tranche le procès à lui seul; dans la première éventualité, il est dit *supplétif* ou *supplétoire*, et, en effet, il ne peut alors jouer que le rôle d'appoint, de complément de preuve; le tribunal le défère d'ailleurs, à son gré, à l'une ou à l'autre des parties; il est admis qu'à la différence du serment décisoire il ne lie point le juge qui reste libre de statuer en sens contraire.

Plan du cours

180. Toutes les notions juridiques, toutes les institutions se ramènent à deux ordres d'idées autour desquels elles gravitent :

D'une part, il existe des *personnes*, sujets de droits;

D'autre part, il y a des *droits*, des prérogatives juridiques appartenant aux personnes.

Il semble donc que l'étude du droit civil se divise ainsi en deux parties seulement; mais chacune de ces parties se dédouble, parce que les personnes sont à envisager soit individuellement, soit en tant qu'éléments de cette formation sociale qui constitue la famille, de même que les biens doivent être étudiés tant en eux-mêmes, *ut singuli*, que comme élément de cette universalité que représente le patrimoine.

De plus, il y a lieu de consacrer une étude spéciale aux *libéralités*.

Ce traité comportera donc cinq parties :

Première partie : *les personnes individuellement envisagées*;

Deuxième partie : *la famille*;

Troisième partie : *les droits et les biens envisagés* ut singuli, en eux-mêmes;

Quatrième partie : *le patrimoine* (les successions);

Cinquième partie : *les libéralités*.

De ces cinq parties, la troisième est de beaucoup la plus étendue : elle chevauche sur les programmes des trois années de la licence en droit.

PREMIÈRE PARTIE

LES PERSONNES

181. Personnes humaines et personnes morales. — — Les personnes sont les êtres susceptibles de devenir les sujets, actifs ou passifs, de droits, et qui ont donc l'aptitude à jouer un rôle dans la vie juridique.

On distingue deux grandes catégories de personnes : d'une part les êtres humains, les *personnes physiques*, en chair et en os, qui ont une existence matérielle; d'autre part les *personnes morales*, ou *personnes juridiques*, êtres immatériels qui vivent d'une vie juridique, tels l'Etat, les communes, les Universités, les Facultés, les sociétés, les associations déclarées.

Nous mènerons de front l'étude des personnes humaines et celle des personnes morales, en recherchant :

1° Quelle est la *durée de la personnalité*;

2° Quels sont les *attributs* de cette personnalité.

Nous examinerons ensuite de plus près cette notion de la personnalité morale en nous efforçant d'en pénétrer la signification, l'essence véritable.

TITRE I

DURÉE DE LA PERSONNALITÉ ET PREUVE DE L'EXISTENCE DES PERSONNES

182. — Cette durée est comprise entre deux dates, deux événements qui en marquent les limites extrêmes; nous devons déterminer :

1° Le *point de départ*, le commencement de la personnalité;

2° Le moment où la personnalité *disparaît*.

Après quoi, nous aurons à nous préoccuper de la question de l'incertitude et de la *preuve* de l'existence des personnes humaines.

Trois chapitres seront consacrés à ces trois problèmes.

CHAPITRE PREMIER

Point de départ
Commencement de la personnalité

183. — La question se présente sous des aspects différents pour les personnes physiques et pour les personnes morales.

SECTION I. — PERSONNES HUMAINES

184. Principe. — La personnalité humaine a pour point de départ la *naissance*; c'est un principe traditionnel qui se justifie de lui-même : la vie antérieure de l'enfant se confond avec celle de sa mère; elle n'a pas, en droit, une valeur distincte.

Mais ce principe demande à être bien interprété; il doit être ramené à de justes proportions :

1° D'une part, la naissance ne suffit pas toujours à conférer la personnalité au nouveau venu;

2° D'autre part, même antérieurement à sa naissance, l'enfant bénéficie déjà d'une certaine personnalité.

185. I. La naissance ne suffit pas toujours à conférer la personnalité au nouveau venu. — Encore faut-il que celui-ci naisse *vivant*, et, en outre, qu'il naisse *viable*.

1° L'enfant doit naître *vivant*, et cela va de soi; le *mort-né* ne naît point; il est considéré, à juste titre, comme n'ayant jamais existé; il n'a donc pu, à aucun moment, être titulaire de droits.

2° L'enfant doit, en outre, naître *viable*, c'est-à-dire avec l'aptitude à la vie; il doit être *vitæ habilis*. Sinon, il ne sera pas tenu compte de ce fait qu'il aurait vécu pendant un certain temps, quelques heures ou quelques jours. Son décès aurait, en quelque sorte, un effet rétroactif, en sorte qu'aucun droit n'aurait pu se fixer sur sa tête de son vivant (Comp. art. 725, 2°; 906 § 3).

Le point de savoir si un enfant, actuellement décédé, était cependant né viable, peut être de solution délicate : une expertise médicale est alors nécessaire pour l'élucider. Le fardeau de la preuve incombe à la personne qui se prévaut de la viabilité de l'enfant, par exemple pour recueillir, par son intermédiaire, une succession à laquelle il aurait été lui-même appelé au cours de son existence éphémère; c'est à cette personne-là qu'il échoit d'établir l'exactitude de son allégation; notre droit français, à la différence de certaines législations étrangères (*Allemagne*, *Italie*) n'admet pas que la vie fasse présumer l'aptitude à vivre.

186. II. Antérieurement à sa naissance, l'enfant bénéficie déjà d'une certaine personnalité. — Il est de tradition constante, depuis le droit romain, que l'enfant simplement conçu est doué de l'aptitude à acquérir des droits, d'une façon plus générale d'une personnalité qui ne peut produire d'effets qu'en sa faveur et jamais contre lui. *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Cette règle n'est pas inscrite dans notre Code civil avec sa généralité traditionnelle; mais différents textes en font application à la matière des *successions* (art. 725 — 1° d'où il résulte que l'enfant simplement conçu peut recueillir une succession) et à celles des *donations* et des *testaments* (art. 906, d'où il ressort que ce même enfant peut, avant sa naissance, recueillir le bénéfice d'une donation ou d'un legs). On n'hésite d'ailleurs pas à tirer de la règle des conséquences autres que celles qui sont expressément consacrées par ces textes : c'est ainsi qu'un enfant naturel peut être reconnu par ses parents dès avant sa naissance, parce que tel est évidemment son intérêt (Doctrine et jurisprudence

constantes; *inf.*, n° 1192), et qu'il est fait état de son existence pour l'obtention d'une rente à la suite d'un accident du travail survenu à son père (Civ. 4 janvier 1935, S. 1936, 1, 17, note P. Esmein).

Il va sans dire que l'acquisition de droits par l'enfant simplement conçu est subordonnée à une condition qui va de soi : la naissance avec l'aptitude à vivre. L'enfant qui ne naît pas viable ne bénéficie d'aucune personnalité, même ultérieurement à sa naissance; à plus forte raison s'en trouve-t-il dépourvu au cours de la période antérieure (V. d'ailleurs, l'art. 906, § 3, qui s'en explique pour les donations et les testaments).

Section II. — PERSONNES MORALES

187. Droit public et droit privé. — Parmi les personnes morales, il en est qui ressortissent uniquement au *droit public* (Etat, départements, communes, établissements publics tels qu'Universités, Facultés, hospices, etc.); il en est d'autres qui relèvent du *droit privé*, et ce sont ces dernières seulement dont nous devons nous occuper, car les premières sont tributaires du droit administratif ou du droit constitutionnel.

188. Sociétés et associations. — Les personnes morales du droit privé se répartissent, essentiellement sinon exclusivement, dans deux groupes génériques, celui des *sociétés* et celui des *associations*.

Les sociétés sont bien elles-mêmes des associations au sens le plus large du mot, mais avec cette caractéristique qu'elles poursuivent la réalisation de bénéfices à répartir entre leurs membres; l'idée de société est inséparable de celle de gain, de l'esprit de lucre. Aussi la plupart des sociétés sont-elles des *sociétés commerciales*, des commerçants collectifs. Il existe cependant des *sociétés civiles*, c'est-à-dire des groupements qui, bien que poursuivant la réalisation d'un bénéfice, ne rentrent pas dans la catégorie des commerçants.

L'association est définie par la loi du 1er juillet 1901, art. 1er : « *La convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices.* » Ce sera, par exemple, un groupement réunissant les anciens élèves d'un lycée ou d'une Faculté ou bien les amis d'une Université.

Cette distinction entre la forme sociale et la forme associationnelle constitue la division fondamentale qui comporte

elle-même des subdivisions fort nombreuses : les syndicats professionnels, les associations syndicales, les sociétés de secours mutuels sont, *lato sensu*, des formes spécialisées du concept associationnel, mais ressortissant à des statuts particuliers qui sortent du cadre de ce traité.

Il en faut dire autant des *masses d'obligataires ou de porteurs d'un même emprunt*, groupements dont la nature juridique est d'une détermination assez malaisée, mais auxquels, en tout cas, la personnalité a été expressément reconnue par l'article 10 du décret-loi du 30 octobre 1935 *relatif à la protection des obligataires*.

189. Intérêt de la distinction. — La distinction entre sociétés et associations présente des intérêts multiples dont un seul doit nous retenir, celui qui concerne leur formation, leur naissance : il consiste en ceci que les sociétés accèdent à la personnalité plus facilement et plus uniformément que les associations, d'abord parce que cette accession leur est plus nécessaire encore qu'elle ne l'est aux groupements associationnels; elle est la condition même de leur essor et de leur prospérité; ensuite parce que les pouvoirs publics témoignent, vis-à-vis des groupements à but désintéressé, d'une défiance qui se justifie en quelque mesure : une association est susceptible de jouer un rôle politique et social fort important; son altruisme même est un danger; il faut éviter que des Etats se forment dans l'Etat, avec lesquels celui-ci aurait ensuite à compter; au lieu que les sociétés, à raison de leur égoïsme même, échappent à de telles suspicions et n'offrent point des périls de ce genre : aussi les pouvoirs publics ne mettent-ils aucun obstacle à leur libre personnification.

En effet, elles constituent des personnes morales, presque toutes et de plein droit, pourvu qu'elles aient reçu la *publicité* que la loi exige, du moins pour celles qui ont un caractère commercial [1]. Ce phénomène de libre personnification remonte très haut dans le passé pour ce qui est des *sociétés de commerce*; il ne date vraiment, pour les *sociétés civiles*, que de 1891, époque à laquelle il fut reconnu par la Cour de cassation (Req., 23 fév. 1891, *D. P.* 1891, 1, 337; *S.* 1892, 1, 73), qui a maintenu constamment sa jurisprudence en ce sens.

Les *associations* — en laissant de côté les formes spéciales

[1] A vrai dire, les sociétés civiles de personnes sont elles-mêmes soumises à un certain régime de publicité (l. budgétaire du 13 juill. 1925, art. 62 et s. qui exigent une déclaration au bureau de l'enregistrement); mais la sanction semble bien être d'ordre purement fiscal (art. 63 de la même loi).

du syndicat professionnel, des sociétés mutuelles, des congrégations religieuses, etc. — sont moins bien partagées. La loi du 1er juillet 1901, qui les régit distingue trois catégories :

1° Les *associations non déclarées*, lesquelles sont dépourvues de personnalité et ne peuvent donc ni posséder, ni agir en justice : les biens qui y ressortissent sont indivis entre tous les membres du groupement;

2° Les *associations déclarées*, qui ont une certaine personnalité, déterminée par l'article 6 de la loi et que nous préciserons plus loin (*inf.* nos 669 et suiv.). La déclaration a lieu à la préfecture ou à la sous-préfecture, et elle ne saurait être refusée, à moins que l'objet de l'association ne soit illicite; elle se distingue donc essentiellement de la notion d'*autorisation*, laquelle implique, pour l'autorité compétente, un pouvoir d'appréciation pouvant se manifester par un refus;

3° Les *associations reconnues d'utilité publique* par voie de décret et sur avis du Conseil d'Etat, lesquelles ont une personnalité plus complète que les précédentes et peuvent, notamment, recevoir des libéralités.

Toute une hiérarchie est ainsi établie par la loi du 1er juillet 1901, dont nous n'avons mentionné que les échelons principaux, et l'on peut donc exprimer dans les termes suivants la différence qui sépare les différents groupements quant à leur naissance, à leur aptitude à la personnification :

Les *sociétés* naissent spontanément à la vie juridique, étant entendu que les sociétés de commerce doivent être publiées;

Les *associations* proprement dites sont personnalisées, imparfaitement par une simple déclaration, plus complètement par une déclaration d'utilité publique qui est facultative, tant pour le groupement intéressé que pour les pouvoirs publics.

190. Développement du droit collectif. — Encore que le régime qui fonctionne actuellement ne soit pas celui de la *libre personnification*, du moins pour ce qui est des associations, il marque un progrès sensible et il accuse un développement continu et assez rapide du droit collectif : les forces individuelles s'unissent de toutes parts pour constituer des êtres collectifs, en sorte que le peuple des personnes morales s'est prodigieusement accru au cours du dernier demi-siècle; à côté et au-dessus des personnes humaines vivent et se multiplient des personnes collectives, plus puissantes qu'elles, puisqu'elles en constituent la synthèse. Et ce n'est pas un des moindres problèmes qui s'offrent au légis-

lateur contemporain que celui de faire la part du droit des individus et du droit des collectivités, problème d'ordre strictement juridique à la fois et d'ordre politique; les libertés et les volontés individuelles veulent être protégées contre la tyrannie des forces collectives qui en sont issues : c'est aux pouvoirs publics qu'il appartient, par une sage transaction, de faire que ceci ne tue pas cela et que les individualités ne soient pas étouffées par les organisations synthétiques qu'elles ont formées et dont la mentalité, les aspirations, la psychologie se heurtent fatalement avec celles qu'elles possèdent en propre.

191. Les fondations. — Les personnes morales que nous avons visées jusqu'à présent correspondent à des groupements de personnes humaines dont elles réalisent la synthèse : associés, sociétaires, adhérents, cotisants, syndiqués; il en existe d'autres qui procèdent ou qui peuvent procéder d'une volonté unique, abstraction faite de tout groupement humain correspondant : on les nomme *fondations*. La fondation suppose l'affectation perpétuelle d'un capital à une œuvre déterminée, hospice, sanatorium par exemple. L'œuvre ainsi créée jouit de la personnalité morale, dans des conditions que nous aurons à déterminer par la suite, conditions assez imparfaites dans notre droit positif actuel qui est bien en retard, à cet égard, sur d'autres législations, sur celle de l'Allemagne notamment; dans ce pays, et dans bien d'autres, la personnification de la fondation est réalisée directement, avec une grande simplicité de moyens techniques, alors qu'elle ne peut être, en France, que l'aboutissement d'une procédure oblique, de moyens de fortune sur lesquels nous nous expliquerons à la fin de ce traité (t. III, n° 1898).

Chapitre II

Fin de la personnalité

192. I. Personnes morales. — Elles s'éteignent à raison de causes multiples, variables selon leur forme, leur nature, le but qu'elles poursuivent. Il en est, parmi elles, qui sont presque éternelles : l'Etat, les communes; il en est d'autres qui sont vouées à une disparition rapide, lorsque l'objectif en vue duquel elles sont créées sera atteint ou lorsque le terme prévu dans les statuts sera arrivé. A quoi il faut ajouter qu'une association est susceptible d'être dissoute

soit par jugement, soit par décret (l. 1er juill. 1901, art. 7, modifié et complété par l'art. 2 du décret-loi du 23 oct. 1935, et art. 12).

Quel que soit le mode de dissolution qui fasse sentir son action, il est remarquable que, d'après la jurisprudence, la dissolution du groupement n'entraîne pas sur-le-champ la disparition de la personne morale correspondante, mais que celle-ci est maintenue, partiellement du moins, dans la mesure où elle assure la liquidation de la situation collective qui vient de se dénouer. Sans doute, le groupement, et notamment la société, ne pourrait pas se prévaloir de sa personnalité pour poursuivre sa carrière, pour faire des affaires, pour aller de l'avant; elle a pris fin; mais il existe toujours une personne morale, qui vit en quelque sorte au ralenti et qui est destinée à faciliter les opérations d'ordre liquidatif. Par une sorte de réplique à la règle « *Infans conceptus pro nato habetur* », la personnalité survit partiellement, sinon à elle-même, du moins à l'organisme dont elle était l'expression sensible et l'extériorisation (V. Req., 27 juill. 1863, *D. P.*, 1863, 1, 460).

193. II. Personnes humaines. — Abolition de la mort civile. — La personnalité des êtres humains ne comporte qu'une fin : le *décès*, la mort physique.

Cette solution, si simple et si nécessaire qu'elle paraisse, n'a pas toujours été admise; il y a moins d'un siècle encore, la personnalité pouvait prendre fin indépendamment du décès et pendant la vie d'un être humain. A côté de la *mort naturelle*, notre législation connaissait et organisait la *mort civile*, la mort juridique, encourue par la volonté des pouvoirs publics; celui qui en était frappé était mort à la vie juridique; il n'avait plus de personnalité, ou presque, car la mort civile imitait aussi fidèlement et aussi cruellement que possible la mort naturelle; elle entraînait, pour celui qui en était atteint, la perte de ses droits civils et politiques, la dissolution de son mariage, l'incapacité de figurer sur la scène juridique, de signer un contrat, d'être propriétaire ou créancier, et enfin, l'ouverture de sa succession à laquelle ses héritiers étaient prématurément admis. C'était l'excommunication juridique presque intégrale (art. 22 et s.).

Elle atteignait les condamnés à la peine capitale et tous ceux qui avaient encouru des peines afflictives perpétuelles (travaux forcés à perpétuité, déportation). C. pén., art. 18.

Ce régime barbare ne disparut qu'au milieu du siècle dernier; une loi du 31 mai 1854 a aboli la mort civile, tout

en en laissant subsister deux vestiges : les condamnés à des peines perpétuelles demeurent atteints de la double incapacité de recevoir des libéralités (sauf à titre alimentaire) et d'en consentir (art. 3 de la loi). Mais, sous le bénéfice de cette déchéance, ils conservent leur personnalité juridique; ils continuent, malgré le verdict qui les a frappés, à être des personnes.

Chapitre III

Incertitude et preuve de l'existence des personnes humaines

Théorie de l'absence

194. Position du problème. — Il ressort des explications précédentes que, pour savoir si un être humain est doué de la personnalité, il est nécessaire et il suffit, dans l'état actuel de notre législation qui a répudié la mort civile, de savoir s'il est actuellement vivant ou conçu.

Mais la solution de ce problème, aisée dans l'immense majorité des cas, soulève parfois de très grosses difficultés; sans doute, il est facile d'établir que telle personne est née; les registres de l'état civil permettent d'être fixé rapidement sur ce point; un acte de naissance a été dressé qui fait preuve de cet événement (*inf.* n^{os} 265 et suiv.); quant à la conception, malgré son caractère mystérieux, elle comporte une localisation dans le temps grâce à des présomptions légales que nous décrirons par la suite (*inf.* n° 1038), mais il reste à savoir si cette personne, née à telle date, est actuellement vivante, et il peut fort bien arriver qu'une incertitude plane sur ce point, qu'on ne puisse dire si ladite personne vit encore, pas plus d'ailleurs qu'on ne puisse affirmer qu'elle soit décédée : elle est alors en état d'absence. (Code civil, livre I, titre IV, art. 112 à 143.)

195. Terminologie. — Ce mot d'*absence* a, dans la langue juridique, une tout autre signification que dans le langage courant; d'ordinaire, lorsqu'on dit d'une personne qu'elle est absente, on entend par là qu'elle ne se trouve pas à un endroit déterminé; on fait allusion à son éloignement par rapport à un point fixe, par exemple, pour un étudiant, la salle de cours, pour un militaire, la caserne ou la ville de garnison, pour un héritier, le lieu d'ouverture

de la succession à laquelle il est appelé. Dans la langue du droit, on dit alors qu'il y a, non pas absence, mais simplement *non-présence*; et cette situation n'entraîne pas, en thèse générale, des conséquences juridiques, réserve faite de certaines particularités que nous exposerons à leur place (par exemple, la simple non-présence d'un des héritiers rend l'apposition des scellés obligatoires et oblige les intéressés à recourir au partage judiciaire : article 819. V. aussi les articles 312 et 316, *inf.* n^os^ 1051 et 1064.)

L'absence a une tout autre signification et une tout autre gravité : dans le langage juridique, ce mot exprime l'incertitude qui existe touchant l'existence actuelle d'un être humain. Un absent, c'est un individu qui a disparu de son domicile et dont on est demeuré sans aucune nouvelle depuis un long temps; c'est un explorateur parti depuis de longues années pour des régions lointaines et dont le sort demeure inconnu; c'est un militaire qui a disparu au cours d'une guerre, pendant un combat; c'est un marin dont le bateau n'est point rentré au port, un aviateur qui n'a point atterri. L'absence suppose ainsi une rupture de fait entre un individu et le milieu social auquel il appartient, en sorte qu'on ne puisse dire de lui s'il est actuellement vivant ou s'il est décédé.

196. Fréquence plus ou moins grande de l'absence. — Deux causes ont contribué à rendre moins fréquente, du moins *en temps normal*, la situation d'absence :

1° Une cause de *fait* : le développement et le perfectionnement des moyens de communication : grâce aux progrès de la science et avec l'aide du télégraphe, du téléphone, du chemin de fer, de l'avion, de la radiodiffusion, il est beaucoup plus aisé qu'autrefois d'être fixé sur le sort véritable d'un disparu;

2° Une cause *juridique*. D'après le Code civil, le décès d'une personne ne peut être constaté que par un officier de l'état civil, lequel doit s'être assuré de la réalité en se transportant auprès du défunt (en fait, la constatation est l'œuvre d'un médecin); de là cette conséquence que, du moment que le corps du défunt n'a pu être retrouvé, l'acte de décès ne saurait être dressé et que le disparu se trouve donc en état d'absence. Situation bien fâcheuse pour son entourage : son conjoint ne pourra pas se remarier; ses héritiers ne pourront pas entrer en possession de ses biens; situation intolérable à la longue, par son incertitude et par son invraisemblance.

Or, il existe un moyen d'y mettre fin; c'est d'admettre

la constatation de décès bien que le corps du disparu n'ait pas été retrouvé; c'est d'instituer un mode de preuve particulier. A une situation exceptionnelle il faut trouver un remède exceptionnel; le remède consistera ici dans une *déclaration de décès* émanant des pouvoirs publics (administration ou tribunaux). C'est vers un régime de ce genre que s'orientent les législations les plus récentes; et, en France même, comme nous le verrons (*inf.* n^os^ 296 et suiv.), des mesures ont été prises, dans cet ordre d'idées et dans cette direction, pour certaines éventualités : catastrophes survenues dans les *mines* (décret du 3 janv. 1813) et *sinistres maritimes* (l. 8 juin 1893) ou *aériens* (l. 31 mai 1924); notamment les victimes de ce dernier genre de sinistres sont déclarées décédées par jugement du tribunal, après une procédure présentant toutes garanties; elle ne sont donc plus en état d'absence. L'absence, qui, par définition même, est faite d'incertitude, recule devant la clarté, devant la certitude : toute mesure qui facilite la constatation ou la déclaration des décès resserre du même coup son domaine.

Mais la réforme ainsi réalisée dans notre droit positif français est limitée à des catégories d'éventualités déterminées; malgré tout, et même en temps normal, en période de paix, les disparitions sont encore assez nombreuses, ainsi qu'on peut s'en convaincre par la lecture du *Journal Officiel*, qui publie, chaque année, plusieurs centaines de jugements de déclaration d'absence. Il est donc nécessaire d'aviser, d'instituer un système qui, tout en donnant aux disparus des garanties suffisantes, sauvegarde néanmoins les intérêts des personnes présentes, demeurés en souffrance.

197. Les remèdes juridiques à l'absence : le système des déclarations de décès. — Le problème a été résolu, de façon un peu brutale, en tranchant dans le vif, par certaines législations qui ont donné à l'expédient des *déclarations de décès* la valeur d'une institution d'ordre général. C'est ainsi qu'en Allemagne, le disparu peut être déclaré décédé, par jugement du tribunal et au moyen de la procédure de la *sommation publique*, lorsque dix années se sont écoulées sans qu'on n'ait eu aucune nouvelle de l'absent (C. civ. *allemand*, art. 13 et s.); le jugement ne se borne d'ailleurs pas à déclarer le décès, il en fixe encore la date (art. 18 du même Code). Ce système, qui a le mérite de la clarté, est assurément favorable aux intéressés présents plutôt qu'au disparu qui, malgré la déclaration officielle de son décès, peut être vivant et qui, à son retour, trouvera la situation singulièrement compromise pour lui; le proverbe

qui veut que les absents aient toujours tort devient, en terre germanique, l'expression d'une vérité juridique.

198. Système français. — Il s'oppose nettement au précédent, au point qu'on peut lui reprocher un souci des intérêts du disparu, poussé jusqu'à l'outrance; de caractère essentiellement empirique et complexe, il a été élaboré par nos anciens Parlements, dans la préoccupation de réserver, coûte que coûte, la situation juridique de l'absent qui, si loin que remonte sa disparition, ne sera jamais considéré comme certainement décédé, ne sera jamais déclaré tel. Notre législateur accepte, comme donnée fondamentale, l'incertitude qui plane sur son existence et évite donc de consacrer jamais l'irréparable : des *présomptions* de décès, soit; mais une *déclaration officielle*, non, en aucun cas, réserve faite des dispositions spéciales incluses dans le décret de 1813 et dans les lois de 1893 et de 1924 dont nous avons précédemment relevé l'existence.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que les intérêts des présents seront délibérément sacrifiés; il y est pourvu par des mesures appropriées, timidement au début de l'absence, plus complètement à mesure qu'elle se prolonge; une transaction est aménagée qui est la consécration d'un *provisoire indéfini*, théoriquement tout au moins, car, en fait, lorsqu'une vie d'homme s'est écoulée depuis la disparition, il est évident que le provisoire ressemble singulièrement, dans la réalité des choses, au définitif que notre loi se refuse à instaurer officiellement.

199. Les trois périodes de l'absence. — Notre Code civil distingue trois périodes qui se succèdent à partir du jour de la disparition ou des dernières nouvelles :

1° La période de *présomption d'absence*;

2° La période d'*absence déclarée* et d'*envoi en possession provisoire*;

3° La période d'*envoi en possession définitif*.

200. I. Période de présomption d'absence.

1° Son point de départ est le jour de la *disparition* ou des dernières nouvelles;

2° Son point d'aboutissement est essentiellement variable; il est possible qu'elle n'en comporte point, que cette première période se prolonge indéfiniment, car, ce qui la clora, ce sera, soit le retour de l'absent, soit la nouvelle de son décès, soit enfin le jugement de déclaration d'absence, lequel n'interviendra peut-être jamais;

3° Quant au régime juridique correspondant à cette pre-

mière période, il est réduit à la portion congrue et il est dépourvu d'unité. Le législateur n'a pas d'autre objectif que de faire en sorte que le patrimoine de l'absent ne reste pas en souffrance, mais qu'il soit administré dans la mesure strictement indispensable.

Or, il est possible que le disparu ait chargé une personne, avant son départ, de faire le nécessaire : s'il a constitué un *mandataire général*, lequel, par hypothèse, s'acquitte de ses devoirs, on laissera les choses en l'état (art. 112). Dans le cas contraire, le tribunal prescrira, sur la demande des intéressés — créanciers, associés, conjoint, héritiers présomptifs — ou bien sur l'initiative du ministère public, les mesures urgentes. Autant que possible, il évite de conférer à quiconque une mission d'ordre général, mais il se borne à désigner une personne qui aura pour mandat de procéder à un acte urgent, ou à une série d'actes déterminés : réparation, consolidation d'un mur ou d'une maison, ou bien affermage d'un domaine, location d'une maison, réalisation du partage d'une succession à laquelle l'absent est appelé en même temps que d'autres héritiers (art. 113). Une fois accomplis les actes prévus, les pouvoirs du mandataire désigné par le tribunal — architecte, gérant d'immeubles, notaire — prendront fin, sauf à les renouveler lorsque le besoin s'en fera sentir.

En résumé, au cours de cette première période, l'absence constitue un état de fait plus encore qu'un état de droit; il est possible qu'aucune intervention ne se produise, qu'aucune mesure ne soit prise; et, dans tous les cas, on s'applique surtout à ménager l'avenir, à gagner du temps; les intérêts de l'absent, dont le retour est espéré, ont le pas sur ceux des personnes présentes.

201. II. Période d'absence déclarée; envoi en possession provisoire.

1° Le point de départ de cette deuxième période est fourni par le *jugement de déclaration d'absence*.

Ce jugement peut intervenir après des délais qui varient, très raisonnablement, selon que le disparu avait ou non laissé, avant son départ, un *procureur fondé*, c'est-à-dire un mandataire général. Dans le cas de l'affirmative, la durée de l'éloignement s'explique, puisqu'elle avait été prévue par l'intéressé lui-même qui avait pris des mesures en conséquence : aussi est-ce seulement après *dix années* révolues depuis la disparition ou les dernières nouvelles que la déclaration d'absence peut être, non pas même prononcée, mais seulement *demandée* au tribunal par les personnes présentes

(art. 121). Si, au contraire, l'absent n'avait pas constitué de mandataire général, le délai n'est plus que de *quatre années* (art. 115).

Quant aux personnes qui peuvent saisir le tribunal à fin de déclaration d'absence, il est admis que ce sont uniquement celles qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent : conjoint, héritiers présomptifs, légataires — à l'exclusion des créanciers et du ministère public lui-même qui, en sa qualité de protecteur des intérêts des absents, peut bien provoquer les mesures favorables à ces intérêts, mais non celles qui interviennent en faveur des présents, et c'est dans cette dernière catégorie qu'il faut assurément ranger la déclaration d'absence.

Le tribunal, saisi par qui de droit, ordonne une enquête; la décision qu'il rend à cet effet est *publiée*, par les soins du Garde des Sceaux, dans le *Journal Officiel*. Après quoi, l'enquête a lieu, les témoins sont entendus, et le tribunal rend un nouveau jugement, sur le fond même celui-là, qui peut être soit un jugement de rejet, soit un jugement de déclaration d'absence. Cette dernière décision ne peut intervenir qu'*un an* après celle qui avait ordonné l'enquête, en sorte que la déclaration d'absence ne peut jamais être prononcée, au plus tôt, que *onze* ou *cinq ans* après la disparition ou les dernières nouvelles, selon que le disparu avait ou non constitué, avant son départ, un mandataire général (art. 119). Ce jugement de déclaration d'absence doit lui-même être publié, comme le précédent, au moyen d'*insertions dans le Journal Officiel* et par les soins du Garde des Sceaux (art. 118).

Toutes précautions sont donc prises pour porter les événements à la connaissance de l'absent et pour susciter des renseignements à son sujet;

2° Cette seconde période prend fin elle-même par des circonstances très variables : nouvelle du décès de l'absent, ou à l'inverse nouvelle de son existence; retour du disparu; enfin, *envoi en possession définitif* qui ouvre la dernière période.

201*bis*. 3° Régime juridique correspondant à la période de l'absence déclarée; envoi en possession provisoire. — Désormais, l'absence devient une situation juridiquement aménagée; on ne procède plus par à-coups, par décision d'espèce, mais on se conforme à une réglementation d'ensemble, laquelle est conçue, non plus uniquement dans l'intérêt de l'absent, mais aussi dans celui des

personnes présentes, ayant des droits dont l'exercice est subordonné à son décès.

Le principe est que la situation est réglée à peu près comme si l'absent était décédé, mais elle ne l'est qu'*à titre provisoire*. Par exemple, les héritiers présomptifs vont pouvoir recueillir provisoirement sa succession; s'il a laissé un testament, on l'ouvrira et les légataires pourront en réclamer l'exécution à leur profit; d'une façon plus générale, « *tous ceux qui avaient, sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement, à la charge de donner caution.* » (Art. 123, *in fine.*)

Seulement, il faut bien remarquer :

a) Que tous ces intéressés ne peuvent pas, de leur seule autorité et en vertu du jugement de déclaration d'absence, entrer en possession des biens qui leur sont destinés; la loi leur enjoint de se faire envoyer en possession par le tribunal. Pratiquement, la demande d'envoi en possession provisoire est formée concurremment avec la demande en déclaration d'absence; le tribunal prononce à la fois et simultanément sur l'une et sur l'autre. Mais il n'en reste pas moins vrai qu'un jugement d'envoi en possession provisoire est indispensable pour que les intéressés réalisent en quelque sorte la déclaration d'absence par eux obtenue du tribunal;

b) Que le règlement est purement provisoire; les *envoyés en possession provisoire* n'ont qu'un simple *dépôt* (art. 125); ce sont des administrateurs, non des propriétaires. Ils ne sauraient ni aliéner les biens qui leur sont confiés, ni les grever de droits réels (art. 128). Si l'absent reparaît jamais, ils seront tenus de lui restituer, d'abord les biens mêmes dont ils avaient reçu la possession, mais en outre une certaine portion des revenus qu'ils ont produits, du moins si l'absence ne s'est pas prolongée pendant *trente années* (un *cinquième* si l'absent reparaît *avant quinze ans* révolus depuis le jour de sa disparition; un *dixième* s'il reparaît *après quinze ans et avant trente*), article 127.

C'est précisément en prévision de ces diverses restitutions, que la loi impose aux envoyés en possession l'obligation de fournir une *caution* qui garantira l'exécution de leurs obligations (art. 120), et aussi qu'elle leur fait un devoir de procéder à l'*inventaire du mobilier*; grâce à ce document, on saura ce qu'ils doivent restituer au juste, à l'occasion, puisqu'on saura ce qu'ils avaient reçu;

c) Enfin, et précisément parce que le règlement n'est que provisoire, il est une situation juridique qui y est réfractaire, et c'est celle du conjoint de l'absent. On ne conçoit

pas que le mariage antérieurement conclu soit dissous *provisoirement* par l'absence de l'un des époux, sauf à revivre ensuite au cas de retour. En pareille matière, il n'y a place que pour une solution absolue; c'est tout ou rien. Il faut ou bien maintenir l'époux présent dans les liens du mariage et lui refuser ainsi le droit de contracter une autre union, ou bien considérer le mariage comme définitivement dissous. C'est dans le premier sens que le législateur se prononce (art. 147, *inf.* n° 901).

202. III. Période d'envoi en possession définitif. — L'incertitude s'est continuée quant à l'existence ou au décès de l'absent dont on demeure sans nouvelles; alors, après un certain délai, l'envoi en possession peut être transformé de provisoire en *définitif*, et ainsi s'ouvre une troisième période au cours de laquelle les intérêts des personnes présentes prennent l'avantage sur ceux du disparu; les envoyés vont demander au tribunal, à cet effet, un nouveau jugement qui consolidera leur situation; ils ne pourront le provoquer que si *trente années* se sont écoulées depuis l'envoi en possession provisoire, ou encore si *cent années* sont révolues depuis la naissance de l'absent (art. 129).

Une fois leur situation ainsi consolidée, les envoyés en possession ont de plus larges pouvoirs et une sécurité plus grande : ils sont, en effet, considérés désormais comme *propriétaires* des biens qui leur ont été attribués, puisqu'ils peuvent les aliéner ou les grever de droits réels (art. 132), et puisque, d'autre part, ils ne sont tenus à aucune restitution en ce qui concerne les fruits (art. 127, § 2); aussi comprend-on que les *cautions* jadis fournies, lors de l'envoi en possession provisoire, soient *libérées* : elles n'auraient plus grand'chose à garantir désormais (art. 129).

Ce n'est pas à dire cependant que l'absent, s'il vient à reparaître, n'obtiendra pas des satisfactions appréciables : il pourra exiger des envoyés en possession : 1° la restitution des biens qui existent encore entre leurs mains, *dans l'état où ils se trouvent*; 2° le prix des biens aliénés; 3° les biens provenant du placement des sommes encaissées à raison de la vente desdits biens (art. 132).

On voit par là que l'envoi en possession consolidé est loin de justifier le qualificatif de *définitif* qui lui est attribué par le Code civil, en application d'une constante tradition. Théoriquement, c'est toujours le provisoire qui continue, mais qui, en fait, à mesure que les années s'écoulent, se rapproche pratiquement du définitif dont le législateur s'est fait un scrupule de reconnaître jamais la réalité juridique.

203. Appréciation. — Tel est le système français de l'absence; il est nuancé jusqu'à la complication et respectueux des droits du disparu jusqu'à l'outrance; malgré son empirisme et peut-être à cause de son empirisme, il force l'estime par le respect qu'il implique pour les droits de la personne humaine, et l'on comprend que les idées directrices en aient été accueillies par une des meilleures parmi les récentes codifications, par le Code civil suisse de 1912 (art. 35 et s.).

204. Mesures spéciales prises à l'occasion et à la suite des guerres. — Au cours des guerres, nombreuses sont les disparitions, parmi les combattants, voire même dans la population civile d'une région envahie. Le régime de l'absence, institué pour une époque normale, ne suffisait pas à pourvoir aux besoins créés par une crise de ce genre; aussi des dispositions spéciales sont-elles prises qui tendent à accélérer la procédure par une abréviation des délais. Voyez pour la guerre 1914-1918, la loi du 25 juin 1919 dont les dispositions présentent un caractère trop exceptionnel pour que nous puissions songer à les exposer ici. (V. *inf.* n° 299*bis*.) Cette loi, *relative aux militaires, marins et civils disparus pendant la durée des hostilités*, était instauratrice d'un droit dérogatoire au Code civil; son article 11 maintient d'ailleurs au régime de droit commun sa valeur de base en stipulant qu'il continuera à s'appliquer dans la mesure où il n'y a pas été dérogé par ses propres dispositions.

TITRE II

LES ATTRIBUTS DE LA PERSONNALITÉ

205. Plan. — La personnalité comporte un certain nombre d'attributs qui ne se résument d'ailleurs pas exclusivement dans des avantages, dans des prérogatives, mais qui impliquent aussi, pour ceux qui en sont investis, une foule de devoirs, de gênes, d'obligations : nous sommes tous plus ou moins prisonniers de notre propre personnalité et des corollaires juridiques qu'elle entraîne avec elle.

Ces attributs, qui s'attachent aux personnes morales comme aux personnes humaines, sous la réserve de certaines variantes, sont notamment :

1° Le *nom*;
2° Le *domicile*;
3° L'*état*;
4° La *capacité*;
5° Le *patrimoine*.

A vrai dire, bien d'autres attributs existent encore qui nécessiteraient de longs développements : les *droits de la personnalité* sont nombreux autant que sacrés : droits à l'honneur, à la considération, à l'intégrité de la personne morale, intellectuelle ou physique, droit au maintien, au respect du caractère privé de la personne (*the right of Privacy*, des Américains), par exemple le droit pour quiconque de s'opposer à la reproduction ou à l'exposition de son portrait ou de sa photographie (Poitiers, 21 oct. 1935, *D. H.* 1936, 45), ou à l'érection de sa statue : c'est le *right to be left alone*, le droit d'être laissé tranquille (v. l'article de R. Kirkpatrick, dans la *Revue belge des assur. et des respons.*, déc. 1933, n° 1371); et aussi, dans un ordre d'idées moins général, le *droit moral de l'auteur* (inf. n° 1528) : *droits moraux* de toute sorte qui, tout en restant hors du patrimoine, sont cependant susceptibles, s'ils viennent à être lésés, de servir de base à une sanction d'ordre pécuniaire (*Sup.*, n° 104; comp. Gény, *Des droits sur les lettres missives*, t. I, E. H. Perreau, *Les droits de la personnalité*, *Rev. trim.* 1909, p. 501). Si nous limitons notre étude aux attributs qui vien-

nent d'être énumérés, c'est que ceux-là sont l'objet d'une réglementation plus ou moins précise, c'est qu'ils ont accédé au rang de véritables *institutions juridiques* : nous consacrerons à chacun d'eux un chapitre distinct.

CHAPITRE PREMIER

Le nom

206. Bibliographie. — LALLIER, *De la propriété des noms et des titres.* — E.-H. PERREAU, *Le droit au nom en matière civile.* — SUDRE, *Le droit au nom*, thèse, Paris, 1905. — A. COLIN, note *D. P.* 1904, 2, 1. — Pour l'ancien droit, LA ROQUE, *Traité de l'origine des noms et surnoms*, 1681.

Sources. Lois du 6 fructidor an II; du 11 germinal an XI; circulaire du Garde des Sceaux du 30 juin 1812; lois du 6 février 1893; du 13 février 1899; du 22 juillet 1922; du 19 juin 1923; circulaire du Garde des Sceaux du 22 octobre 1926 (*D. P.*, 1927, 4, 32). — Pour le surplus, c'est l'usage qu'il faut consulter; le nom ressortit au droit coutumier.

207. Rôle du nom des personnes. — Le *nom* a pour mission d'assurer l'identification et l'individualisation des personnes; il est comme une étiquette placée sur chacun de nous. Chaque individu représente une somme de droits et d'obligations, une valeur juridique, morale, économique et sociale; il importe que cette valeur apparaisse au seul énoncé d'un nom, sans équivoque, sans confusion possible; il faut éviter qu'un individu puisse se parer faussement des qualités, par exemple du crédit d'autrui; il est indispensable que la personnalité de chacun se dégage nettement de toutes autres : c'est grâce au nom que cet objectif est réalisé; il est vraiment un attribut essentiel, primordial de la personnalité qu'il protège contre tout empiétement, qu'il garde de toute confusion.

208. Contexture du nom. — Le nom comprend deux éléments, le *nom proprement dit, stricto sensu*, ou nom de famille, et le *prénom*, ou les *prénoms* lesquels ont un caractère individuel.

Les *surnoms* ne sont pas partie intégrante du nom, pas plus que les *titres de noblesse*.

1° Pour les *surnoms*, nous avons un texte : l'article 2 de la loi du 6 fructidor an II qui défend « *d'ajouter aucun surnom à son nom propre, à moins qu'il n'ait servi jusqu'ici*

à distinguer les membres d'une même famille, sans rappeler des qualifications féodales ou nobiliaires ». Cette disposition ne fait d'ailleurs pas obstacle à la pratique du *pseudonyme* qui est courante dans le monde du théâtre comme dans celui des auteurs et des journalistes : le *nom de guerre* ainsi adopté ne se substitue pas au nom véritable, lequel reste obligatoire, pour celui qui le porte, dans tous les actes de la vie juridique, par exemple dans un engagement théâtral ou dans un contrat d'édition : le pseudonyme ne sert à individualiser son possesseur que dans certaines manifestations de son activité professionnelle et non point dans la vie juridique elle-même; il est un *nom à usage spécialisé* qui demeure en marge du nom véritable et qui est lui-même juridiquement protégé (Paris, 25 oct. 1910, *S.* 1913, 2, 102; 10 déc. 1932, *S.* 1932, 2, 44; trib. civ. Seine, 6 juin 1931, *S.* 1931, 2, 232);

2° Les *titres de noblesse* (duc, marquis, etc.), abolis en 1790, rétablis par la charte de 1814, supprimés par un décret du 29 février 1848, enfin rétablis à nouveau par un décret du 24 janvier 1852, devenus plus nombreux entre temps du fait de la création, en 1806 et en 1808, d'une noblesse d'Empire qui se constitua à côté de la noblesse de vieille roche, — les titres de noblesse ne font pas corps avec le nom, mais ont une signification purement honorifique comme, par exemple, les décorations, mais avec cette différence qu'ils sont héréditaires; la transmission en est soumise à des règles spéciales que nous n'avons pas à étudier ici. Il y a seulement lieu de noter que les litiges auxquels ils donnent lieu sont de la compétence, non pas des tribunaux, mais d'un *conseil d'administration* qui siège au Ministère de la justice et qui a hérité des attributions jadis évolues au *Conseil du sceau des titres*, supprimé par un décret du 10 janvier 1872.

A la différence des titres de noblesse, la *particule* fait partie intégrante du nom; mais elle n'a nullement l'importance que tant de gens y attachent; elle n'est point un signe de noblesse; il faut y voir une simple forme d'orthographe du nom : les *du Bois* sont tout aussi roturiers que les *Dubois*, en un seul mot. Et c'est bien pourquoi les tribunaux ordinaires sont compétents pour trancher les litiges soulevés par la particule.

209. Plan. — Ayant ainsi limité le sujet par des éliminations et des précisions successives, nous rechercherons :

1° Comment le nom se détermine;

2° Quelle est sa nature juridique et comment il est protégé.

210. A. Détermination du nom. — Distinguons le nom de famille ou nom patronymique, et le ou les prénoms.

A. *Nom de famille* ou *nom patronymique.* — Comme l'indique la terminologie, il est révélateur de la famille, donc des origines de celui qui le porte. Il est donc, en principe, *sous la dépendance de la filiation*, mais dans des conditions qui veulent être précisées en distinguant entre les filiations légitime, naturelle ou adoptive et en prévoyant l'éventualité d'une origine inconnue.

1° *Filiation légitime.* Il est admis que l'enfant légitime prend le nom de son père, donc du mari de sa mère. Aucun texte ne le décide ainsi, expressément ou implicitement; il s'agit donc *d'une règle du droit coutumier*, d'ailleurs incontestée.

2° *Filiation naturelle.* Un enfant, dont les parents ne sont pas mariés, a été reconnu par l'un d'eux ou par tous deux, ou, d'une façon plus générale, sa filiation a été établie officiellement, d'une façon ou d'une autre, dans cette direction.

Plusieurs éventualités sont à différencier :

a) Si l'enfant n'a été reconnu que par un de ses auteurs, il porte le nom de celui-ci;

b) S'il a été reconnu *simultanément* par ses deux auteurs, dans un seul et même acte, on admet qu'il prend le nom de son père;

c) S'il a été reconnu *successivement* par ses deux auteurs, il y a quelque difficulté : non pas cependant si c'est le père qui l'a reconnu en premier lieu; on admet alors volontiers que l'enfant garde définitivement son nom; mais dans l'hypothèse inverse, lorsque la première reconnaissance a été l'œuvre de la mère et lui a donc attribué le nom de celle-ci : si le père reconnaît ensuite son enfant naturel, ce dernier ne va-t-il pas changer de nom pour prendre celui de son père? L'affirmative a été admise (trib. civ. Mascara, 10 janvier 1906, *S.*, 1907, 2, 82); mais elle se heurte à des objections qui nous paraissent décisives : 1° à la règle consacrée en matière de *nationalité* : l'enfant naturel dont la filiation est établie pendant sa minorité suit la nationalité de celui de ses parents, qui l'avait d'abord reconnu, et cela définitivement, sans distinction (L. 10 août 1927 sur la nationalité, art. 1er); 2° à la règle qui prévaut pour la *puissance paternelle* : celui-là exerce la puissance paternelle sur l'enfant naturel qui l'a reconnu d'abord (art. 383, § 1); 3° enfin, il faut ajouter qu'un changement de nom n'est point aussi désirable qu'on pourrait le supposer dans l'opinion adverse : il est de nature à dérouter le public et à nuire aux intérêts de l'enfant qui, après s'être nommé Durand

pendant plusieurs années, sera appelé Dubois du jour au lendemain.

Pour ces diverses raisons, nous pensons que la priorité de reconnaissance est attributive du nom de l'enfant naturel à titre définitif et quel que soit celui des parents dont elle soit énoncée. *Sic.*, Dijon, 6 juin 1911. (*S.*, 1912, 2, 137.) Comp. la réponse du Garde des Sceaux, *J. Off.* 20 fév. 1934, p. 128.

d) Filiation officiellement inconnue.

Il est possible que, dans l'acte de naissance, le nom de la mère soit indiqué; la jurisprudence admet, en ce cas, que l'enfant prenne ce nom. (Circ. du Garde des Sceaux du 22 octobre 1926.)

Si l'enfant n'est désigné, dans l'acte de naissance, que par une suite de prénoms, c'est le dernier qui joue le rôle de nom patronymique (même circulaire; trib. civ. du Mans, 6 fév. 1926, *La loi* du 4 juin).

En l'absence d'aucune indication, s'il s'agit d'un enfant *trouvé*, un nom lui est donné, soit par l'officier de l'état civil, soit par l'administration de l'établissement par lequel il a été recueilli (circ. minist. 30 juin 1812 qui recommande de ne donner à l'enfant ni le nom d'une famille existante, ni un nom ridicule de nature à dévoiler l'irrégularité de sa naissance).

4° *Filiation adoptive.* L'enfant adoptif conserve son nom d'origine auquel il ajoute celui de son père adoptif (art. 351, § 1). Toutefois, s'il est enfant naturel non reconnu, il n'a pas d'intérêt à garder un nom qui révèle l'irrégularité de sa naissance; aussi peut-il alors se contenter du nom de son père adoptif (art. 351, § 2). Cette solution est d'autant plus heureuse que souvent l'enfant naturel, adopté dans ces conditions, n'est autre que le fils ou la fille du père adoptif qui est donc par deux fois son père et dont il est juste qu'il porte le nom, sans aucune addition.

211. B. **Prénom.** — A la différence du nom patronymique qui révèle la filiation, la famille, les prénoms ont un caractère individuel et, par suite, arbitraire. L'enfant a les prénoms qui lui ont été donnés dans l'acte de naissance (art. 57). Ils peuvent être en nombre illimité; mais leur choix n'est pas entièrement libre, théoriquement du moins : aux termes de la loi du 11 germinal an XI, article 1[er], peuvent seuls être reçus comme prénoms « *les noms en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne* ». Cette prescription est peu observée dans la pratique : fréquemment, on utilise comme

prénoms, les noms de personnages appartenant à l'histoire moderne, voire contemporaine.

212. C. **Du changement de nom.** — Il ressort des explications précédentes que le nom n'a pas un caractère immuable; définitif en principe, il peut cependant se modifier au cours de l'existence d'une personne, du moins dans son élément patronymique.

Le changement peut se produire soit par voie principale, soit par voie de conséquence.

213. 1° **Changement de nom patronymique par voie principale et directe.** — On conçoit qu'une personne veuille se libérer d'un nom grotesque ou odieux, trop lourd à porter (la *Pologne* a une loi du 22 mars 1929 sur *le changement des noms infamants, risibles ou non en rapport avec la dignité humaine*); ou bien, à l'inverse, qu'elle désire en revêtir un autre plus glorieux qu'elle voudrait perpétuer. C'est au premier de ces mobiles qu'obéirent les parents de Louvel, l'assassin du duc de Berry, lorsqu'ils demandèrent à changer de nom; la préoccupation du second ordre est à la base de changements bien connus : Périer est devenu Casimir-Périer; Hugo est transformé en Victor-Hugo.

Ces changements de nom ne sauraient être laissés à la discrétion des particuliers; le système de la liberté, instauré par un décret du 26 brumaire an II, a fait ses preuves, dans le mauvais sens du mot; il fallut réagir aussitôt contre une telle licence, et ce fut l'objet de la loi du 6 fructidor de la même année dont l'article 1er, toujours en vigueur, prescrit qu' « *aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance...* » Seulement, cette interdiction ne comporte point de sanction effective, à moins bien entendu que le changement irrégulier ne se complique d'une infraction plus grave, escroquerie ou faux, auquel cas les peines afférentes à ces délits ou à ces crimes sont encourues par le coupable. Mais, envisagé en soi, le changement de nom est impuni, ce qui est regrettable, car il est de nature à provoquer une confusion de personnalités.

Tout au moins le changement spontané est-il juridiquement inopérant; il ne devient efficace que s'il est autorisé par l'autorité compétente, par *décret* rendu, le Conseil d'Etat entendu. (L. 11 germinal an XI, art. 4 et suiv.).

214. Relèvement du nom. — A côté de cette procédure *administrative*, qui constitue le droit commun, une loi du 2 juillet 1923, a institué une procédure *judiciaire*, dans

le but de perpétuer le nom d'un citoyen *mort pour la Patrie* : lorsque le dernier représentant mâle d'une famille est mort à l'ennemi, sans postérité, le droit de *relever* son nom, par voie d'addition appartient aux successibles, jusqu'au sixième degré et dans l'ordre de préférence successorale; c'est le tribunal qui doit être saisi par une requête et qui prend une décision en chambre du conseil; si cette décision est affirmative, il incombe au procureur de la République de poursuivre la rectification des actes de l'état civil en conséquence.

215. 2° Changement du nom patronymique par voie de conséquence. — Il se rattache toujours à un événement qui a surgi dans la vie de l'intéressé : c'est un enfant qui, étant l'objet d'une adoption, prend le nom de son père adoptif; ou c'est un enfant trouvé dont la filiation est établie par la suite et qui acquiert le nom de ses auteurs.

216. Le mariage. — Mais l'événement qui détermine le plus souvent un changement de nom n'est autre que le *mariage*; la femme, qui se marie, conserve sans doute son nom de famille, mais elle a l'usage du nom de son mari qu'elle est en droit de porter.

Il est vrai qu'on a nié l'existence d'un tel droit; on a soutenu que la femme n'acquiert pas, par le mariage, le nom de son mari et qu'en s'en servant elle se conforme à une simple pratique mondaine, sans valeur juridique. (*Sic.* : Planiol, Savatier.) Cette opinion singulière est contraire à la tradition. (Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 401; *Traité des personnes et des choses*, n° 128); elle ne tient aucun compte de certaines dispositions du Code civil, par exemple de l'article 299, § 2, aux termes duquel « *par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom* » : c'est donc qu'antérieurement au divorce la femme avait, *en droit*, l'usage du nom de son mari. L'article 311, § 1, fournit un argument du même genre en prescrivant que « *le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter* ». En réalité, le droit, dont l'existence est contestée, est de formation coutumière; en plus, il est implicitement consacré par la loi écrite dans les dispositions que nous venons de reproduire.

Il faut ajouter que la femme devenue *veuve* conserve, dans l'opinion commune, le droit d'user du nom de son époux prédécédé (encore qu'aucun texte ne lui confère cette préro-

gative); or, comment pourrait-elle conserver un droit qui ne lui aurait pas appartenu du vivant de son mari?

A la différence de la mort, le *divorce* met fin au droit, pour la femme, de porter le nom de son ex-mari (art. 299).

La *séparation de corps* laisse subsister ce droit, en principe, car elle ne dissout pas le mariage; mais, comme nous l'avons noté, le tribunal peut interdire à la femme séparée de porter le nom de son mari ou, à l'inverse, l'autoriser à ne plus le porter; de même que, si le mari avait joint à son nom celui de sa femme, le juge peut lui interdire cette pratique pour l'avenir (art. 311, § 1).

217. II. Nature et protection du nom. — Système jurisprudentiel. — La jurisprudence estime que le nom constitue une *propriété* comme une autre dont il est permis à son titulaire, en principe du moins, « de jouir et de disposer de la manière la plus absolue ». (Civ., 25 oct. 1911, *S.*, 1912, 1, 95; Paris, 27 déc. 1893, *D. P.*, 1894, 2, 96; trib. civ. Rouen, 20 fév. 1933, *S.*, 1933, 2, 133.)

Critique : Cette thèse est bien fragile : une propriété, d'ordinaire, est aliénable et prescriptible, alors que le nom est assurément incessible et imprescriptible; une propriété est d'ordre patrimonial et comporte une évaluation pécuniaire, ce qui n'est évidemment pas vrai du nom des personnes au moins dans la vie civile; une propriété est naturellement, sinon essentiellement exclusive; ce qui est à moi n'appartient à nul autre; or, les mêmes noms, prénoms compris, sont portés par des centaines, peut-être par des milliers d'individus; il s'agirait ici d'une propriété singulièrement confuse et enchevêtrée, à forme normale et quasi constante de copropriété. Il faut donc repousser le dogme jurisprudentiel du nom-propriété.

218. Autre théorie. — MM. A. Colin et Capitant voient dans le nom « la marque distinctive de la filiation » (note A. Colin, *D. P.*, 1904, 2, 1); la preuve en est qu'il se détermine ordinairement par la filiation. En principe, sans doute, mais non toujours : il est des noms qui sont attribués par décret; la femme mariée prend le nom de son époux; l'enfant trouvé prend celui qu'on veut bien lui attribuer, ceci abstraction faite de tout rapport de filiation. Et d'ailleurs, si le nom est ordinairement révélateur de la filiation, son importance dépasse de beaucoup cet ordre d'idées; il est révélateur de la situation d'un individu dans la famille et dans la société; il donne la clef de la personnalité tout entière.

219. Véritable nature du nom. — Nous touchons ainsi à la nature juridique du nom; il est le *signe distinctif et révélateur de la personnalité*; il est un de ses éléments constitutifs, avec le domicile, l'état, la capacité; il est un bien inné, comme le droit à la vie, à l'honneur (*Sic*, SALEILLES, *Le droit au nom individuel dans le Code civil allemand*, *Rev. crit.* 1900, p. 94; GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, t. I, pp. 227 et s.); et, en même temps, il est *une institution de police*, en tant que procédé d'identification destiné à prévenir la confusion des personnalités : c'est tellement vrai qu'on a pu contraindre un commerçant à n'user de son nom que sous certaines modalités destinées à prévenir la fraude, l'abus et la concurrence déloyale (Req. 10 avril 1933, *S.*, 1933, 1, 178; Civ. 2 juill. 1935, *D. H.*, 1935, 525; *S.*, 1935, 1, 327), et que le *pseudonyme* crée, au profit de celui qui l'a adopté, des droits acquis, opposables même au nom véritable d'un autre auteur ou d'un autre artiste (*Sup.* n° 208).

220. Sanction du nom. — A ce double titre, comme intéressant l'ordre privé et l'ordre public, le nom des personnes devrait être protégé énergiquement. Cependant, comme nous l'avons précédemment noté, le seul fait d'utiliser un nom d'emprunt ne tombe pas sous le nom de la *loi pénale* et quand bien même le mensonge aurait été commis à l'occasion d'un acte juridique; il ne serait retenu par le droit répressif qu'en tant qu'élément d'un manquement plus grave (faux, escroquerie, volonté de s'attribuer une distinction honorifique, C. pén., art. 259; comp. la loi du 5 août 1899 sur le casier judiciaire, art. 11, modifié par une loi du 11 juillet 1900).

221. — A défaut des sanctions *pénales*, assez rares, il existe des sanctions *civiles* :

1° Le ministère public peut, en s'appuyant sur l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, exiger le *rétablissement* des faits, par exemple la substitution du nom véritable au faux nom dans tel acte instrumentaire déterminé;

2° Les particuliers, lésés par le mensonge, ont, à l'occasion, voix au chapitre;

a) Ils peuvent d'abord exiger le *rétablissement* des faits, la radiation du faux nom dans l'acte où il figurait;

b) Ils sont aussi fondés à réclamer des *dommages-intérêts* s'il apparaît qu'un préjudice leur ait été causé par la pratique irrégulière;

c) Pour ce qui est de l'avenir, ils peuvent faire opposition à ce que l'usurpateur fasse désormais usage du nom

d'emprunt, et cela sans même avoir à faire la preuve d'un intérêt *pécuniaire* : le désir légitime de sauvegarder leur personnalité suffit à justifier leur prétention; mais encore faut-il qu'ils fassent la preuve d'un intérêt *moral*; ils doivent établir le caractère fâcheux de la confusion dont ils se plaignent. La jurisprudence, moins exigeante, dispense le plaignant de justifier d'un intérêt quelconque; en quoi elle est logique avec elle-même : pour elle, en effet, le nom est une propriété (*sup.* n° 217); or, le propriétaire peut s'opposer à tout empiétement de la part des tiers, sans avoir à justifier d'un intérêt d'une nature quelconque; il en doit donc être de même pour le nom. (Civ., 10 nov. 1902, *S.*, 1903, 1, 505). C'est l'intérêt essentiel qui est engagé dans la question de la nature juridique du nom que nous avons examinée plus haut (*Sup.*, n° 217).

222. Autorité exceptionnelle des décisions judiciaires intervenues en matière de nom. — En thèse générale, les jugements n'ont qu'une autorité relative; les effets en sont limités aux personnes qui étaient parties au procès et à leurs ayants cause : *res inter alios judicata, aliis nec nocere nec prodesse potest* : je ne puis ni invoquer le bénéfice de la décision intervenue à la suite d'une instance à laquelle je suis demeuré étranger, ni m'en voir opposer l'autorité.

Ces directives traditionnelles doivent être mises de côté pour les décisions judiciaires concernant le nom : il est inadmissible qu'un individu porte tel nom au regard de telles personnes, lesquelles ont été ses adversaires au litige, et que, pour tous autres, il soit affublé d'un nom différent. Le nom est *un* et *indivisible*, par définition même, sans quoi il faillirait à sa mission d'individualisation; or, ce résultat n'est possible que si les jugements qui le concernent sont vrais, d'une vérité absolue, et rayonnent au loin; l'effet relatif de la chose jugée aboutirait, en pareille matière, à une impasse : la jurisprudence et la doctrine sont, réserve faite de quelques dissidences, fixées dans le sens que nous indiquons (v. Chéneaux, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état*, thèse, Bordeaux, 1895, pp. 120 et s.).

Chapitre II

Le domicile

223. Domicile et résidence. — Le *domicile* complète l'identification de la personne que le nom avait contribué à assurer; de même que tout individu a un nom, il doit avoir

un *siège légal* où il sera considéré comme étant toujours présent, alors même qu'en fait il s'en trouverait momentanément éloigné.

Cette formule met en relief une des caractéristiques du domicile, sa nature *abstraite* et *fictive* : il en est du siège légal d'une personne comme du siège d'un gouvernement; les ministres ont beau se déplacer, celui-ci reste immuable; ainsi le domicile d'un particulier n'est pas influencé par les voyages qu'il effectue; il a un caractère de fixité, de permanence, donc de fiction.

En quoi il diffère de la *résidence* qui est l'endroit où une personne séjourne pendant un certain temps et qui est donc une réalité : on réside dans un lieu de villégiature, dans une ville d'eaux; la notion juridique serre ici le fait au point de se confondre, non pas encore complètement, mais approximativement avec lui.

224. Plan. — Nous rechercherons :

1° Quel *intérêt* présente la détermination du domicile d'une personne;

2° *Comment s'effectue cette détermination*;

3° Quelle est la *nature et quels sont les traits distinctifs* du domicile;

4° Nous traiterons enfin des *domiciles spéciaux.*

§ I. — INTÉRÊTS DE LA DÉTERMINATION DU DOMICILE

225. — L'importance pratique du domicile se rattache aux ordres d'idées les plus divers. Dans notre ancienne France, c'est au domicile des parties qu'on se référait pour déterminer la coutume applicable dans telle ou telle espèce, chacun étant régi par la coutume du pays où il était domicilié : le domicile fixait, même en droit français interne, le statut personnel de chacun. Cet intérêt primordial a disparu avec l'unification du droit français : un Parisien, un Bordelais et un Marseillais sont régis par les mêmes normes juridiques dont l'application n'est nullement influencée par le lieu de leur domicile. Cependant, la récupération de l'*Alsace* et de la *Lorraine* a fait revivre en partie le rôle dévolu au domicile dans nos anciennes provinces : la législation spéciale aux régions recouvrées s'applique en considération du domicile des ressortissants. (Lois du 24 juillet 1921 et du 1er juin 1924.)

Mais ce n'est là qu'un phénomène accidentel et transitoire : le rôle dévolu au domicile comme élément détermi-

nateur du statut personnel est condamné, et c'est ailleurs qu'il faut chercher l'importance pratique de cette notion qui intéresse et la procédure et le droit civil.

226. A. **La procédure.**

1° C'est au domicile d'une personne que doivent être *signifiés les actes extrajudiciaires* la concernant : sommations, commandements, citations, etc. (C. pr. art. 68 et 69);

2° La *compétence judiciaire* est déterminée, en principe, en fonction du domicile du défendeur : *Actor sequitur forum rei*; par exemple, le créancier qui réclame son dû, doit saisir le tribunal du domicile de son débiteur, défendeur au procès. (C. pr. art. 59.)

227. B. **Le droit civil.**

1° Le domicile est pris en considération pour la *centralisation* de certaines opérations, notamment celles qui se rattachent à la liquidation d'une *succession*, à l'administration d'une tutelle, ou encore, en droit commercial, au règlement d'une *faillite*. De semblables opérations doivent être effectuées en bloc, et non pas fragmentairement, pour partie ici et pour le reste là. Il faut un *lieu d'ouverture* de la succession ou de la tutelle ou de la faillite; le lieu sera déterminé par le domicile du défunt, du pupille ou du failli, en sorte que le tribunal de ce domicile connaîtra de toutes les questions soulevées par la succession, la tutelle ou la faillite;

2° Le domicile est le *lieu d'exercice de certains droits*. En général, nous pouvons faire valoir nos droits en tout pays, en toute localité; exceptionnellement, il est des facultés dont l'exercice est localisé au lieu du domicile de celui qui les exerce ou de sa contre-partie; par exemple, le droit de *se marier* (art. 165); celui d'*adopter* (art. 360); celui de *se faire payer* (art. 1247) : le paiement est *quérable*, c'est-à-dire que le créancier doit aller chercher son dû au domicile du débiteur;

3° Lorsque la loi prescrit des *mesures de publicité*, afin de porter un fait à la connaissance de tous, il arrive fréquemment qu'elle s'en réfère au domicile du principal intéressé. Par exemple, les actes modifiant la capacité de l'état d'une personne sont publiés à son domicile. Voyez pour le *mariage*, articles 166 et suivants; pour le *divorce*, articles 250 et 251; pour la *séparation de corps*, article 311; pour la *séparation de biens*, article 1445.

Ce ne sont là, d'ailleurs, que les intérêts généraux attachés au domicile; chemin faisant, nous en rencontrerons d'autres, plus spécialisés, comme celui qui est établi, pour la prescription de dix à vingt ans, dans l'article 2265.

228. Recul de la notion de domicile ; importance de la simple résidence. — En principe, la *résidence* est sans valeur juridique; elle est une notion de fait plutôt que de droit.

Toutefois, ce dogme tend à perdre de son absolutisme; de plus en plus , la résidence, notion concrète, tend à se développer et parfois au détriment du domicile, notion abstraite et fictive; avec le développement des moyens de communication, la fiction, qui est au fond du concept du domicile, s'oppose plus crûment à la réalité; l'homme ayant cessé d'être sédentaire pour devenir, sinon nomade, du moins circulant, les liens qui l'attachent au lieu de son principal établissement se relâchent et la notion de domicile recule devant celle de résidence.

1° Il est d'abord des cas où la résidence *remplace* le domicile lorsque celui-ci est inconnu. Voyez pour les *assignations*, l'article 69-8° C. pr.; ce texte prévoit même le cas où le destinataire de l'acte, le défendeur, n'aurait ni domicile ni résidence; comme il faut cependant pouvoir l'atteindre, une procédure est instituée à cet effet;

2° Parfois, la résidence produit des effets *concurremment* avec le domicile connu; elle a la valeur d'un domicile spécialisé et de circonstance, à côté ou au-dessous du domicile véritable :

a) Pour le *mariage*, voyez les articles 73 § 2, 74 et 165;

b) Pour l'*autorisation* à donner en vue du mariage d'un mineur, l'article 73;

c) D'après une jurisprudence qui ne repose sur aucun texte et qui est d'origine coutumière, les *étudiants* et les *militaires* peuvent être assignés, pour les dépenses courantes, devant le tribunal de leur résidence, encore que leur domicile soit parfaitement connu. Par exemple, un étudiant mineur, dont les parents habitent Mâcon et qui est venu s'installer à Lyon pour y faire ses études, peut être cité devant le tribunal civil de Lyon;

3° Il arrive même que la résidence l'emporte sur le domicile, qu'elle ait le pas sur lui :

a) C'est elle qui est prise en considération pour le fonctionnement de l'*assistance médicale* (loi du 15 juillet 1893, art. 6);

b) Voyez aussi, en matière de saisie-arrêt des petits salaires, appointements ou traitements, l'article 64 Code travail modifié par la loi du 27 juillet 1921;

c) En matière de mariage, et pour l'autorisation dont doit se pourvoir le mineur, l'article 160, § 1 (*inf.*, n° 734*bis*);

d) Et pour la tutelle des enfants naturels, article 389, § 13 (*inf.* n° 513).

Enfin, pour certains auteurs, dont nous ne suivons d'ailleurs pas l'opinion, c'est la résidence du propriétaire, non son domicile, qui influence la durée de l'usucapion de dix à vingt ans (art. 2265; *inf.* n° 1769).

Il est donc incontestable que la résidence gagne du terrain qu'elle conquiert sur le domicile.

§ II. — DÉTERMINATION DU DOMICILE

229. Généralités. — L'article 102 donne la définition du domicile : « *Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.* »

Mais comment entendre cette formule? Qu'est-ce que le *principal établissement*?

En thèse générale, on le découvre en se référant à l'habitation permanente, à la *domus* : c'est de ce dernier mot qu'est dérivé *domicile*; en d'autres termes, le domicile de l'article 102 coïncide assez ordinairement avec la *résidence continue et permanente*, avec le foyer (*domus*).

Mais pas toujours :

1° D'abord, il arrive qu'une personne ait plusieurs résidences importantes, l'une à la ville; l'autre, ou même les autres, à la campagne, à la mer. Comment découvrir alors le principal établissement? Le tribunal, en cas de contestation, prendra en considération toutes sortes d'éléments et de points de repère; l'inscription sur les listes électorales, le lieu d'exercice des droits politiques (Req. 29 juill. 1935, *D. H.* 1935, 556), le lieu de paiement de la cote personnelle, les intérêts matériels et moraux, les relations de famille et l'habitation en famille (même arrêt);

2° Mais il est même possible qu'un individu, qui n'a cependant qu'une seule *domus*, qu'un seul toit familial, soit cependant domicilié ailleurs : c'est le cas du commerçant, de l'industriel qui habite avec sa famille dans une localité autre que celle où se trouve son usine, son centre d'exploitation; le principal établissement, pour lui, c'est cette usine, c'est ce centre industriel ou commercial. La maison où se trouve situé son foyer n'est qu'une résidence, fixe et permanente, sans doute, mais qui ne répond pas à la définition de l'article 102, car elle n'a qu'une valeur de second plan.

On voit combien est délicate la détermination de ce siège central qui sera réalisée par le juge avec une complète liberté d'appréciation. Il est d'ailleurs aidé dans sa tâche par cer-

taines règles que nous allons tracer en examinant de plus près comment s'établit, juridiquement et pratiquement, un domicile.

230. Etablissement du domicile. — Tout domicile est, ou bien fixé par la loi : c'est alors un domicile *légal, de droit, de dépendance*; ou bien constitué par un acte de volonté : c'est alors un *domicile d'acquisition*, lequel implique, comme nous verrons, un changement de domicile.

231. I. Domicile légal, ou de droit, ou de dépendance. — Il est des personnes qui sont domiciliées d'office par la loi; les unes à raison de l'état de dépendance où elles se trouvent vis-à-vis d'autres personnes; les autres à cause des fonctions qu'elles occupent.

232. A. Personnes domiciliées légalement à raison de l'état de dépendance où elles se trouvent par rapport à d'autres personnes. — Rentrent dans cette catégorie : les mineurs non émancipés, les interdits, les femmes mariées, les domestiques et les employés.

1° Les *mineurs non émancipés*, lesquels n'ont point de domicile propre, mais seulement un domicile d'emprunt (art. 108, § 2). Tant qu'ils ont leurs parents, ils sont domiciliés chez eux, c'est-à-dire chez leur père; ayant perdu un de leurs parents, ils se trouvent en tutelle et sont domiciliés chez leur tuteur, *quel qu'il soit*.

Ceci pour *l'enfant légitime*; quant à l'*enfant naturel*, il est domicilié chez celui de ses parents qui est investi de l'autorité paternelle (arg. art. 383, § 3).

L'enfant *adopté* a son domicile légal chez l'adoptant, lequel détient la puissance paternelle (art. 352), et non pas chez ses parents d'origine;

2° Les interdits *judiciaires* — lesquels sont des aliénés — sont domiciliés de droit chez leur tuteur, comme d'ailleurs les interdits *légaux* — lesquels sont des condamnés à des peines criminelles (art. 108, § 2, qui ne distingue pas entre les deux catégories d'interdits);

3° La femme mariée « *n'a point d'autre domicile que celui de son mari* » (art. 108, § 1). C'est un effet du mariage qui se produit de plein droit et instantanément, en dehors de tout élément de fait, de toute résidence; effet qui intéresse l'ordre public et qu'aucune convention ne saurait écarter.

Pour être d'ordre public, la règle n'est cependant pas absolue; elle comporte deux dérogations :

a) Au cas de *séparation de corps* : « *la femme séparée de*

corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari » (art. 108, § 3). Elle peut donc faire choix d'un domicile d'acquisition; c'est qu'en effet la vie commune a cessé; les époux, toujours mariés, vivent désormais chacun de son côté. C'est là l'effet essentiel de la séparation de corps.

Mais cet effet n'est attaché qu'à la séparation *judiciaire* et à l'exclusion de la séparation *de fait* : en l'absence d'un jugement, les époux ont beau vivre séparément, pour la loi le foyer existe toujours et la femme continue à être domiciliée chez son mari. Cette situation se prolonge même au cours de l'*instance de séparation de corps* ou de *divorce* et alors que le président ou le tribunal ont autorisé la femme à avoir une résidence séparée; malgré le langage parfois incorrect du Code civil (art. 313 et 331), cette résidence n'a point la valeur d'un principal établissement; elle n'a de signification que *par rapport au mari et pour la procédure en divorce*; vis-à-vis des tiers et en thèse générale, la femme continue à être domiciliée chez son mari aussi longtemps que la séparation n'a pas été prononcée (Paris, 19 juin 1895, *D. P.*, 1896, 2, 378); il y a toujours un domicile conjugal (Paris, 9 juin 1931, *S.* 1931, 2, 240);

b) Au cas d'*interdiction du mari*, si c'est la femme qui est nommée tutrice, les rôles sont renversés : c'est elle qui impose son domicile au mari atteint de démence;

4° *Les domestiques et les employés* (art. 109).

Deux conditions sont exigées pour que ces personnes se voient imposer le domicile de leur maître ou de leur patron :

a) Elles doivent travailler chez lui *habituellement* et non pas seulement par intermittence, auquel cas elles conserveraient leur domicile personnel (garde-malade, infirmier);

b) Elles doivent demeurer dans la même maison, *sous le même toit*, ce qui exclut par exemple les femmes de ménage, les ouvriers et aussi les fermiers qui, malgré le contrat les unissant au bailleur, logent en réalité chez eux.

L'article 109 s'applique aux *domestiques*, aux *secrétaires*, aux *précepteurs*, aux *intendants*, lorsque ces personnes vivent sous le toit du maître, du patron, du propriétaire.

Aux deux conditions que nous venons d'indiquer une troisième serait à ajouter, s'il fallait en croire l'article 109, à savoir la *majorité* du domestique ou de l'employé. Mais il y a là, de la part du législateur, un simple lapsus; sans doute, le mineur qui habite habituellement chez autrui n'emprunte pas le domicile de son maître, mais c'est uniquement parce qu'il en emprunte un autre, celui de son père, ou de son tuteur; s'il vient à être émancipé, l'obstacle disparaît donc et rien ne s'oppose à ce qu'il soit domicilié de droit chez son

maître ou chez son patron. Une observation du même genre pourrait être présentée pour la femme mariée devenue veuve.

Tout ce qu'il y a à retenir de ces solutions, c'est qu'il existe des domiciles de droit plus nécessaires, plus forts que d'autres.

233. B. **Personnes domiciliées légalement à raison de leurs fonctions.** — L'article 107 évoque une distinction essentielle entre les fonctions conférées à vie, qui assurent à leurs titulaires le bénéfice de l'inamovibilité, et toutes autres fonctions : tandis que les fonctionnaires investis de fonctions temporaires ou révocables acquièrent leur domicile conformément au droit commun (préfets, magistrats du Parquet, officiers, et, d'après la Cour de cassation, professeurs de Facultés, Civ., 13 mai 1885, *S.* 1886, 1, 181; *D. P.* 1885, 1, 313), ceux qui jouissent du bénéfice de l'inamovibilité sont domiciliés de droit dans le lieu où ils doivent exercer leurs fonctions, du moment qu'ils les ont acceptées et encore qu'ils n'aient pas encore rejoint leur poste (magistrats du siège, notaires). Cette distinction n'est d'ailleurs pas très aisée à justifier en raison.

234. II. **Domicile d'acquisition.** — Il faut entendre par là le domicile qui est acquis par un acte de volonté de l'intéressé, par exemple par un mineur devenu majeur ou émancipé, par une femme séparée de corps ou divorcée, ou, tout simplement, par une personne qui, ayant déjà un domicile de son choix, le transfère en un lieu différent. De toute façon, l'acquisition volontaire d'un domicile se ramène à un changement, à une novation du domicile antérieur, lequel pouvait être, soit de droit, soit lui-même choisi volontairement.

235. Le changement de domicile. — Il implique, d'après les articles 103 à 105, un double élément :

1° Un élément *matériel*, le transfert de résidence;

2° Un élément *intentionnel*, la volonté de fixer dans le lieu récemment choisi le principal établissement.

Le premier élément, à l'état isolé, serait seulement translatif de résidence; le deuxième, réduit à ses seuls moyens, serait inopérant.

Quand pourra-t-on dire que ces deux éléments se trouvent réunis?

Pas de difficulté pour le premier qui, à raison de sa matérialité même, comporte une constatation directe; mais le deuxième, d'ordre intellectuel, est d'une vérification plus délicate. Des difficultés de preuve risquent de surgir.

L'article 104 a pensé les aplanir en exigeant, de la part de l'intéressé, une double déclaration : « *La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu que l'on quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile.* » La signification du déplacement sera ainsi révélée par une double déclaration qui viendra la colorer. Une déclaration unique, faite, par exemple, dans la commune que l'on quitte, serait à elle seule inopérante (Civ., 18 juill. 1933, *S.* 1933, 1, 328).

Malheureusement, il est assez rare que la disposition de l'article 104 soit observée; l'article 105, prévoyant l'absence de déclaration expresse, décide que la preuve de l'intention dépendra alors des *circonstances*, ce qui revient à s'en remettre à l'appréciation des juges du fond qui prendront en considération tous les éléments d'information; la durée et la continuité de l'habitation, la situation de la famille (amenée ou non au lieu de la nouvelle résidence), la situation professionnelle, le lieu de paiement des impôts, l'inscription sur les listes électorales, la vente des immeubles que l'on possédait dans la ville que l'on a quittée (Montpellier, 4 nov. 1930, *S.* 1931, 2, 22), etc. En principe la décision du juge échappe au contrôle de la Cour de cassation, laquelle ne connaît pas des faits de la cause (Req. 24 déc. 1929, *S.* 1930, 1, 173; Civ., 13 mars 1933, *S.* 1933, 1, 150), mais a cependant tenu à poser cette règle que, en l'absence de la double déclaration de l'article 104, l'intention de changer de domicile « ne peut être déduite que de faits et de circonstances témoignant à la fois de l'abandon complet de l'ancien domicile et de l'adoption définitive du nouveau ». (Req. 3 janv. 1923, *D. P.* 1923, 1, 187.)

§ III. — NATURE ET TRAITS DISTINCTIFS DU DOMICILE

236. Le domicile, notion abstraite et artificielle. — Comme nous en avons précédemment fait l'observation et ainsi qu'il ressort des règles ci-dessus décrites, le domicile, tel que le comprend le Code civil, est un concept d'ordre intellectuel et qui procède d'une fiction, chaque personne étant réputée constamment présente au lieu de son principal établissement; en quoi il s'oppose à la résidence, notion d'ordre matériel et qui constitue une réalité.

Cette essence intellectuelle et fictive du domicile est féconde en conséquences :

1° Il en résulte que toute personne a un domicile, nécessairement, puisque tout individu a une personnalité dont le

domicile représente un attribut constant. On n'imagine pas un être humain sans domicile, pas plus que sans personnalité, encore qu'il n'ait pas de foyer et qu'il loge sous les ponts. Le domicile est parfois très difficile à découvrir; il peut avoir été déserté, en fait, depuis bien des années; mais il existe infailliblement car il se perd, non pas par l'absentéisme, mais uniquement par l'acquisition d'un autre domicile (Req. 24 fév. 1936, *D. H.*, 1936, 177);

2° Nul ne peut avoir qu'un seul domicile, qu'un seul « *principal établissement* », de même que nul ne peut avoir qu'une seule personnalité — réserve faite des domiciles spéciaux, lesquels peuvent être multiples; aussi, du moment qu'une personne acquiert un domicile de droit, perd-elle aussitôt son domicile d'origine qu'elle ne peut récupérer qu'en se conformant aux règles du Code civil (Req. 28 avril 1931, *D. H.*, 1931, 333);

3° Un individu peut être domicilié dans un lieu où il ne s'est jamais rendu; c'est le cas du fonctionnaire nommé à vie ou de la femme qui épouse un mari domicilié dans une autre ville;

4° Il peut être fort malaisé de déterminer le domicile d'une personne, puisqu'il ne s'affirme pas toujours extérieurement, puisqu'il ne se confond pas nécessairement avec la résidence; aussi, celui qui veut adresser une citation ou une signification doit-il examiner la situation de très près afin d'éviter de faire un acte inopérant ou de saisir un tribunal incompétent.

Le danger est cependant réduit grâce à l'ingéniosité de notre jurisprudence qui a édifié la théorie du *domicile apparent*.

237. Le domicile apparent. — Les tribunaux viennent au secours des tiers en faisant produire effet à une simple apparence, en attribuant au domicile apparent le rôle du domicile véritable, *pourvu que ces tiers ait été de bonne foi et que leur erreur soit excusable*; cette erreur devient créatrice de droit en leur faveur : *error facit jus*.

C'est, par exemple, un individu qui est assigné devant le tribunal du lieu où se trouve la maison qu'il habite pendant la plus grande partie de l'année et où sont concentrés, *apparemment*, ses intérêts vitaux. Devant ce tribunal, le défendeur objecte que son domicile est situé ailleurs, dans une ville où il acquitte ses impôts personnels, où il est inscrit sur les listes électorales; et ces allégations sont reconnues exactes. N'importe, la citation aura été valablement lancée, et le tribunal saisi se déclarera compétent, car le défendeur

avait créé une apparence susceptible d'induire le public en erreur et il doit subir les conséquences du mirage trompeur qu'il a lui-même suscité (Req. 4 août 1896, *S.* 1900, 1, 115; *D. P.* 1897, 1, 605; 5 mai 1925, *D. H.* 1925, 367).

Cette jurisprudence, tout à fait remarquable et *qui ressortit au droit coutumier*, fait échec et à la définition rigide de l'article 102 et au dogme de l'unité du domicile; elle fait reculer la conception française, intellectuelle et abstraite, du principal établissement, pour donner le pas à la résidence continue : une fois de plus, la réalité pratique l'emporte sur la fiction juridique.

238. Droit comparé. — En ce faisant, notre jurisprudence suit les directives tracées par certains Codes étrangers récents, notamment le Code civil *allemand* (art. 7) et le Code civil *suisse* (art. 23 et 24). Dans ce système, les deux notions de domicile et de résidence voisinent au point de se rejoindre volontiers; au lieu de s'opposer au domicile, la résidence le fait présumer; l'élément intentionnel est virtuellement contenu dans l'élément matériel auquel il devient subordonné ; si bien qu'une même personne peut avoir plusieurs domiciles (art. 7 C. civ. *allemand*) comme elle peut n'en avoir aucun. C'est là une conception plus réaliste, plus concrète que la nôtre, qui évite bien des difficultés et dont il faut reconnaître les avantages : l'habitation, la demeure sont le signe du ou des domiciles.

Comme nous l'avons constaté chemin faisant, notre droit français s'oriente vers cette conception puisque, d'une part, le législateur attache à la résidence une signification toujours plus grande (*sup.* n° 228), puisque, d'autre part, notre jurisprudence a créé de toutes pièces cette théorie du domicile apparent qui est un coup porté tant au principe de la fixité qu'à celui de l'unité du domicile.

§ IV. — LES DOMICILES SPÉCIAUX

239. — A côté, ou plutôt au-dessous du domicile général de l'article 102, existent ou peuvent exister bien des *domiciles spéciaux*, à portée limitée.

Il en est qui sont en marge du droit civil, tels le *domicile politique*, siège de la personne quant à l'exercice de ses droits politiques, électoraux, et le *domicile de secours de l'assistance*, qui permet de participer aux secours de l'assistance publique, notamment de l'assistance médicale.

Mais, dans le domaine même du droit privé, il existe toute une série de domiciles spécialisés :

1° Un *domicile matrimonial* qui se détermine par une simple résidence d'*un mois* (art. 74 et 165) ;

2° Un *domicile commercial,* du moins pour la femme mariée : autorisée à faire le commerce, elle peut acquérir un domicile dans la mesure où l'exige sa profession. Sans doute, elle conserve son domicile général, chez son mari, mais elle est domiciliée commercialement dans le lieu du siège de son établissement commercial ou industriel, et, si elle ne fait pas face à son passif, c'est le tribunal de ce domicile spécialisé qui sera compétent pour la déclarer en état de faillite.

240. — 3° Enfin, le *domicile élu* ou domicile d'élection. C'est le domicile choisi pour l'exécution d'un acte juridique et particulièrement pour attribuer compétence, à cette occasion, à un tribunal déterminé, indépendant du domicile général des parties. Par exemple, dans l'acte instrumentaire rédigé pour un prêt d'argent, il est stipulé que les parties font élection de domicile à Bordeaux, et, plus spécialement, dans l'étude de tel officier ministériel, de tel avoué. Si, plus tard, des difficultés surgissent à l'occasion de l'exécution du prêt, si un procès doit être engagé, le tribunal de Bordeaux reste compétent, quoi qu'il arrive et quand bien même les parties auraient, dans l'intervalle, transféré leur domicile général dans une autre ville; de même que l'étude désignée sera qualifiée pour centraliser les significations, sommations, citations, etc., qui interviendront à cette occasion. Grâce à cette élection, les parties s'assurent l'*immutabilité* d'un domicile en fonction de l'acte qu'elles passent et en prévision des difficultés que pourra soulever son exécution : fixé par une clause du contrat, le domicile élu ne pourrait être modifié que du consentement de toutes les parties à l'acte; il a une valeur *contractuelle* et il est *irrévocable* comme toute clause du contrat. Il n'a d'ailleurs qu'une signification toute relative, ayant été constitué uniquement en vue de l'exécution d'un acte, en sorte que la même personne peut avoir fait élection de plusieurs domiciles correspondant à des contrats différents.

241. Forme de l'élection de domicile. — Théorie des succursales. — L'élection peut avoir lieu sous une forme quelconque, écrite ou orale, sauf, dans ce dernier cas, les difficultés de preuve.

Elle peut aussi être tacite, et notre jurisprudence a utilisé fort ingénieusement cette possibilité pour faciliter au public les rapports judiciaires avec les sociétés et avec les grandes compagnies. Ces sociétés, lorsqu'elles sont importantes, ou

ces compagnies, ces administrations, possèdent, outre un siège social, lequel a la valeur du domicile général de l'article 102, des *succursales* dans les grands centres; or, la jurisprudence considère qu'une société, par cela seul qu'elle ouvre une succursale dans une localité, fait tacitement élection de domicile dans ladite localité en prévision des litiges survenus dans son rayon d'action, en sorte que ses clients vont pouvoir l'assigner devant le tribunal local, sans être obligés d'aller plaider devant celui du siège social, c'est-à-dire, le plus souvent, à Paris : ainsi est réalisée, fort opportunément encore que par des moyens de fortune, la *décentralisation de la compétence judiciaire*, et ainsi se trouvent désencombrés les prétoires parisiens.

Cette construction juridique, qui repose sur la notion du domicile d'élection, est utilisée dans tous les domaines; l'application en est faite aux administrations de chemins de fer (les *gares importantes* représentant ici les succursales), à la *Banque de France* (succursales des chefs-lieux des départements), aux *grands magasins*, etc. (Req. 16 avril 1883, *D. P.* 1884, 1, 87; 7 déc. 1886, *D. P.* 1887, 1, 101).

C'est au juge du fait qu'il appartient d'apprécier souverainement si un établissement est suffisamment important pour constituer une succursale du siège social (Civ. 10 nov. 1936, *D. H.*, 1937, 19).

242. Election de domicile légale et obligatoire. — Il arrive que la loi impose à une personne une élection de domicile à l'occasion d'un acte déterminé, par exemple d'une inscription hypothécaire (art. 2148, 1°).

Chapitre III

L'état des personnes

Les actes de l'état civil

243. Définition. — L'état — le *status* du droit romain — est la situation d'une personne par rapport aux deux grands groupements sociaux auxquels elle ressortit : la *nation* (*status civitatis*) et la famille (*status familiæ*). Le droit romain distinguait un troisième aspect de l'état, le *status libertatis*; mais la concession de la liberté et de la personnalité à tous les êtres humains a enlevé, de nos jours, toute signification, théorique et pratique, à un concept juridique qui se ramenait à une opposition entre les hommes libres et les esclaves.

Le *status civitatis* a lui-même perdu beaucoup de son

importance : l'opposition qu'il évoque dans l'esprit entre la situation des *nationaux* et celle des *étrangers* s'était sensiblement estompée au cours des siècles; mais elle existe toujours, notamment dans le domaine du droit public, les étrangers n'ayant pas, en France, la jouissance des droits politiques; même dans le champ du droit privé, on a vu, dans ces dernières années, apparaître et se multiplier des réserves constituées au profit des seuls Français, en principe du moins, par exemple dans la législation spéciale des *loyers* (V. notamment, l. 1er avril 1926, art. 4, 1°), dans celle qui institue et qui régit la *propriété commerciale* (l. 30 juin 1926, art. 19, § 1); comme aussi dans celle qui accorde des *délais aux commerçants, industriels et artisans* (l. 21 août 1936, art. 3, § 3).

Il y a là une esquisse d'*autarchie juridique* et un retour offensif de ce concept archaïque que représentent, au sens romain du mot, les droits « *civils* ».

Quant au *status familiæ*, il a conservé toute son importance : la personnalité d'un être humain est fortement et diversement influencée par la position qu'il occupe dans la famille.

Pour caractériser l'état d'un individu, on dira, par exemple, qu'il est Français, du sexe masculin, majeur de vingt et un ans, fils légitime, marié, père de famille. L'état est ainsi déterminé par toute une série d'éléments, tels que le *sexe*, l'*âge*, la *filiation*, et il est sous l'influence de multiples événements : d'abord et avant tout la *naissance* et la *mort*, puis le *mariage*, le *divorce*, l'*émancipation*, l'*adoption*, etc.

244. Etat et capacité. — Il faut se garder de confondre ces deux attributs de la personnalité : 1° Comme nous le verrons, l'état commande à la capacité, mais la réciproque n'est pas vraie; 2° Toute personne a un état, tandis qu'il existe des individus qui sont absolument incapables, en ce sens du moins qu'il ne peuvent pas exercer leurs droits : les enfants par exemple; 3° Il est des événements qui influent sur la capacité des personnes mais qui n'intéressent nullement leur état : la faiblesse d'esprit, la folie; une personne ne change pas d'état parce que ses facultés mentales se sont altérées; sa situation dans la famille demeure inchangée.

245. Les actes de l'état civil. — Art. 34 et suiv.

Les événements qui influent sur l'état des personnes sont relatés dans des actes instrumentaires authentiques qui s'appellent les *actes de l'état civil*, lesquels se présentent sous

forme de *registres publics* dont la tenue et la garde sont confiées à des officiers publics dénommés *officiers de l'état civil*. A chacun des événements intéressant l'état d'une personne correspond un acte approprié : à la naissance, *l'acte de naissance*; au mariage l'*acte de mariage*; à l'*adoption*, l'*acte d'adoption*; au décès, l'*acte de décès*; et ainsi de suite.

Tous les actes instrumentaires sont des actes de l'état civil, du moins *lato sensu*; car on prend parfois ces expressions dans un sens plus étroit en visant seulement les *actes de naissance, de mariage et de décès*, c'est-à-dire les plus usuels de beaucoup. Cette terminologie n'est pas étrangère aux rédacteurs du Code civil : le titre deuxième du livre I est intitulé *Des actes de l'état civil*; or, il n'y est question que des trois sortes d'actes que nous venons d'énumérer; ce langage étroit s'explique, et par le caractère plus usuel desdits actes et par une particularité historique sur laquelle nous allons nous expliquer.

246. Plan.

1° *Généralités* sur les actes de l'état civil;
2° *Personnes* qui participent à la rédaction et à la tenue des registres;
3° *Tenue* des registres;
4° *Force probante* des actes de l'état civil;
5° *Sanctions* que comportent les prescriptions légales;
6° Enfin, preuve *subsidiaire* aux règles de l'état civil.

Section I

GÉNÉRALITÉS SUR LES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

247. Plan. — Des notions générales sont indispensables :
1° Sur l'*historique* du sujet;
2° Sur l'*importance* des actes de l'état civil;
3° Sur les *conditions* auxquelles doit satisfaire un système de publicité pour les événements intéressant l'état civil des personnes.

§ I. — HISTORIQUE

248. Ancien droit. — La création des registres de l'état civil est due au *clergé catholique* : dans chaque paroisse, les curés prirent l'habitude de tenir des livres sur lesquels ils faisaient mention des événements intéressant la vie religieuse de leurs paroissiens et des sommes d'argent qui leur étaient comptées à cette occasion; or, ces événements étaient

essentiellement la *naissance*, le *mariage* et le *décès*, auxquels correspondaient le *baptême*, le *mariage religieux* et les *obsèques*; il n'était point question, sur ces registres paroissiaux, des autres événements se référant à l'état civil des personnes, parce que la religion ne s'y trouvait pas directement intéressée. L'institution prit ainsi naissance et se développa dans des termes étroits qui ont laissé leur trace jusque dans notre Code civil lui-même pour les rédacteurs duquel, nous en avons fait l'observation, les actes de naissance, de mariage et de décès sont demeurés les actes de l'état civil par excellence (rubrique du titre 2e du livre I).

Les registres du culte catholique rendirent assurément de grands services à une époque où les pouvoirs publics n'organisaient aucune comptabilité de ce genre et où l'instruction était assez peu répandue pour que l'âge même des personnes demeurât dans l'incertitude.

Mais il ne paraît pas que ces registres aient été tenus d'une façon bien satisfaisante; ils présentaient des lacunes et l'ordre en était très relatif; il est vrai que les rois intervinrent en formulant des prescriptions dans diverses ordonnances (ordonnances de Villers-Cotteret, en 1539; de Blois, en 1579; de Colbert, sur la procédure civile, en 1667) et il en résulta assurément une grande amélioration. Mais le système était atteint d'une tare indélébile en ce qu'il ne fonctionnait qu'au profit des seuls catholiques; sans doute, les pasteurs protestants tenaient bien, de leur côté, une comptabilité des actes intéressant l'état de leurs ressortissants, mais la révocation de l'Edit de Nantes vint mettre en relief, de façon aiguë, les inconvénients d'une organisation purement confessionnelle; pendant plus d'un siècle, depuis 1685 jusqu'en 1787, date à laquelle Louis XVI leur rendit le libre exercice de leur culte, les protestants n'eurent plus d'état civil avoué. Une telle situation était intolérable; il fallait créer un régime qui fût celui, non pas de telle ou telle confession, mais de tous les Français sans distinction de religion; il devait appartenir à la Révolution de réaliser cette réforme capitale : la *sécularisation des registres de l'état civil*.

249. Le droit révolutionnaire. — L'Assemblée *constituante* décida que les naissances, les mariages et les décès seraient constatés, sans distinction de confession, par des officiers publics; l'Assemblée *législative* fit prendre corps à cette décision de principe; elle confia la tenue des registres aux municipalités : l. 20-25 septembre 1792, article 1er; « *Les municipalités recevront et conserveront à l'avenir les*

actes destinés à constater les naissances, mariages et décès ». On confiait d'ailleurs ces fonctions à des officiers de l'état civil autres que les maires; et c'est seulement la loi du 28 pluviôse an VIII qui attribua compétence en cette matière à ces derniers. Ainsi se trouvait réalisée, conformément aux aspirations du pays, la sécularisation des registres dont la tenue et la garde furent confiées aux représentants des municipalités. La réforme devait être définitive; elle a été accueillie et confirmée par notre Code civil.

§ II. — IMPORTANCE DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

250. — Les registres sont destinés à révéler au public, et aux intéressés eux-mêmes, la situation que chaque individu occupe dans la famille, son *status familiæ*, notamment en faisant connaître son âge, son sexe, sa position de célibataire ou de conjoint, de père de famille. Les renseignements ainsi fournis sont de première importance : ils permettent de dresser les *listes électorales*, de procéder aux *opérations du recrutement militaire*; ils font ressortir aussi la capacité des personnes, laquelle est, dans une large mesure, sous la dépendance de l'état : une femme mariée n'a pas la même capacité qu'une fille ou qu'une veuve, majeure de vingt et un ans; un mineur voit sa capacité élargie par l'émancipation; les immeubles d'un homme marié sont grevés d'une hypothèque légale au profit de sa femme, et ainsi de suite : les registres de l'état civil sont à la base de la vie d'un pays; ils constituent une documentation, une sorte de fichier grâce auquel chacun occupe, sur l'échiquier juridique, une case déterminée, au vu et au su de tous.

Mais, pour jouer un rôle de cette importance, encore faut-il que le régime soit organisé méthodiquement, scientifiquement; il doit répondre à certaines conditions que nous devons maintenant préciser.

§ III. — CONDITIONS AUXQUELLES DOIT SATISFAIRE UN RÉGIME DE PUBLICITÉ POUR LES ÉVÉNEMENTS INTÉRESSANT L'ÉTAT CIVIL DES PERSONNES

251. Plan. — Pour réaliser la mission qui lui échoit, le régime de publicité institué pour les événements affectant l'état civil des personnes, doit réunir les trois conditions suivantes :

1° Il est désirable que *tous* les actes intéressant l'état civil des personnes figurent sur les registres;

2° Il faut obtenir que tous les renseignements relatifs à l'état civil d'une personne soient réunis, *concentrés* dans un même local, sur un même registre et même, si possible, sur un même feuillet;

3° La *publicité* des registres doit être aussi complète que possible.

Nous allons reprendre ce programme, en recherchant dans quelle mesure il est d'ores et déjà réalisé par notre droit positif français.

252. I. Il est désirable que tous les actes intéressant l'état civil des personnes soient mentionnés sur les registres. — Cet objectif n'est pas encore complètement réalisé; la publicité est organisée pour la grande majorité des événements affectant l'état civil des personnes, mais non pour tous.

Elle est assurée pour la *naissance* (art. 55 et suiv.), le *mariage* (art. 63 et suiv.), le *décès* (art. 77 et suiv.), la *reconnaissance* d'un enfant naturel (art. 62), la *légitimation* (art. 331), le *divorce* (art. 251), l'*adoption* (art. 367); et il est à remarquer qu'elle l'est également pour les *jugements* déclaratifs de *naissance* (art. 55, § 2) ou de *décès* (art. 92), et que des dispositions spéciales sont prises pour assurer la publicité des *mariages contractés à l'étranger* (art. 171 nouvelle rédaction).

Mais la réforme n'est point encore réalisée pour l'*émancipation*, ni pour les jugements relatifs à la *filiation* : ces événements ou ces jugements ne bénéficient pas de la publicité des registres de l'état civil; il serait assurément désirable qu'ils fussent intégrés dans le système.

253. II. Groupement, concentration des renseignements affectant l'état civil d'une même personne. — Le Code civil n'avait à peu près rien fait en ce sens, et la lacune était d'importance; les renseignements concernant l'état d'une même personne pouvaient être dispersés aux quatre coins du pays, alors qu'il faudrait réaliser, dans le domaine de l'état civil, la réforme qui a été assurée, pour le droit pénal, par l'institution du *casier judiciaire* : de même que toutes les condamnations prononcées contre un individu figurent sur un même document, tenu au greffe du tribunal du lieu de sa naissance, ainsi tous les événements affectant son état civil devraient être consignés sur le même feuillet d'un même registre déposé à ce greffe; il

suffirait alors de jeter un coup d'œil sur ce *casier civil*, pour connaître l'état d'une personne à un moment donné.

Nous nous acheminons vers cet idéal, mais pas à pas, avec lenteur. Dès 1804 et en vertu du Code civil même, il devait être fait mention de l'*acte de reconnaissance* d'un enfant naturel en marge de son acte de naissance (art. 62, § 1).

Depuis 1886, le *jugement de divorce* est mentionné en marge de l'acte de mariage (*et non de l'acte de naissance*, ce qui eût été plus cohérent. Art. 251, § 2).

Mais c'est une loi du 17 août 1897 qui a fait le pas le plus décisif dans la voie de la centralisation :

D'une part, elle a décidé qu'il serait fait mention de la *célébration du mariage* en marge de l'acte de naissance des époux (C. civ., art. 76, *in fine*) ;

D'autre part, elle a prescrit que la *légitimation* d'un enfant naturel serait mentionnée en marge de son acte de naissance (C. civ., art. 331, avant-dernier al.).

Plus récemment, une loi du 13 février 1909 a ordonné qu'il fût fait mention de l'*adoption* en marge de l'acte de naissance de l'adopté (C. civ., art. 367, § 4) ; et la loi du 27 juillet 1917, art. 8, a prescrit la même formalité pour les *jugements d'adoption* rendus au profit des *Pupilles de la Nation*.

Ainsi s'accuse de plus en plus une tendance très heureuse de faire de l'acte de naissance le pivot de tout le système, en l'assortissant de mentions marginales; lorsque la réforme sera achevée (il y aurait lieu d'exiger la mention en marge de cet acte et du *décès* et du *divorce*), il suffira de connaître la commune dans laquelle un individu est né pour posséder, au moyen de son acte de naissance et des mentions marginales y apposées, son *curriculum vitæ* tout entier, quant à son état civil.

253*bis*. Procédure des mentions en marge. — Cette procédure a été heureusement modifiée à deux reprises différentes.

1° La loi du 17 août 1897 enjoint à l'officier de l'état civil de prendre l'initiative rapidement, *dans les trois jours*, des mentions en marge d'un acte préexistant, dans tous les cas où cette formalité doit être accomplie; son observation ne dépend donc plus du bon vouloir des parties intéressées. « *Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un acte déjà inscrit, elle sera faite d'office* » (art. 49, § 1, mod. par l. du 17 août 1897).

2° Une loi du 10 mars 1932 s'est appliquée à simplifier le

mécanisme de la procédure; désormais, autant que possible, la mention est assurée par l'officier de l'état civil sans passer par un intermédiaire quelconque.

La solution va de soi lorsque l'acte en marge duquel doit être opérée la mention figure sur les registres de la commune qui connaît de l'acte nouveau : c'est, par exemple, un mariage qui est célébré dans la commune même où les époux étaient nés; la mention de ce mariage, en marge de l'acte de naissance, est effectuée *sur place* et dans les trois jours, par les soins de l'officier de l'état civil.

Il y a plus de difficultés lorsque l'acte nouveau intervient dans une commune autre que celle sur les registres de laquelle se trouve inscrit l'acte initial : les époux sont nés à Lyon et le mariage est célébré à Marseille; cependant, ici encore, — et c'est la réforme opérée en 1932 — on se passe de l'intervention du Parquet : la mairie de Marseille avisera, dans les trois jours, la mairie de Lyon qui procédera à l'inscription marginale.

C'est seulement si l'acte initial avait été dressé ou transcrit dans une colonie ou à l'étranger qu'on est bien obligé de passer par l'intermédiaire du Ministre des colonies ou du Ministre des affaires étrangères, qui seront eux-mêmes avisés dans les trois jours et qui feront le nécessaire en vue de l'inscription marginale.

Cette réglementation est inscrite dans l'article 49, tel qu'il a été modifié par la loi du 17 août 1897, puis par celle du 10 mars 1932; les étapes furent les suivantes : d'après le Code civil, les mentions marginales ne pouvaient être effectuées qu'à la requête des parties intéressées; d'après la loi de 1897, l'initiative appartient désormais à l'officier de l'état civil, mais celui-ci ne peut réaliser, à lui seul, la publicité, qu'autant que les deux actes sont intervenus dans sa commune; sinon, il doit passer par l'intermédiaire du ministère public; enfin, depuis la loi de 1932, dans la grande majorité des cas, et pourvu que l'acte initial ait été passé en France, la mention marginale est assurée en dehors de tout intermédiaire et par les soins du ou des officiers de l'état civil.

254. III. **Publicité intégrale des registres.** — Les registres de l'état civil doivent pouvoir être consultés par quiconque, sinon le but même du système serait manqué; et tel est bien, en effet, le principe : *toute personne peut se faire délivrer copie des actes inscrits sur lesdits registres* (art. 45, §1). A cet égard, les actes de l'état civil s'opposent aux *actes notariés* dont la communication est réservée à un petit nombre de personnes : parties à l'acte, héritiers, ayants droit.

Non seulement la communication des registres de l'état civil est accordée au premier venu, en dehors de toute justification d'un intérêt quelconque, mais encore elle est, en principe du moins, intégrale : le dépositaire remet au requérant une copie que le Code civil qualifie inexactement d'*extrait*, copie intégrale et entièrement conforme à l'original, et qui, de plus, est dispensée de la formalité de l'enregistrement (l. 22 frimaire an VII, art. 70, § III, 8°) ; il n'est même pas nécessaire que la signature du dépositaire qui délivre l'acte soit légalisée : une loi du 9 août 1919 a supprimé cette formalité, sauf dans le cas où l'extrait doit être utilisé devant les autorités étrangères (art. 45, § 2, nouvelle rédaction).

255. Tempéraments à la règle de la reproduction intégrale. — Il y a lieu d'en signaler deux, l'un qui a une valeur générale, l'autre qui est limité à l'acte de naissance.

1° La loi du 9 août 1919, précédemment citée, a décidé, dans un but de simplification, qu'il pourra être délivré des extraits qui, tout en contenant copie littérale de l'acte, ne feront pas état « *de tout ce qui est relatif aux pièces produites à l'officier de l'état civil qui l'a dressé et à la comparution des témoins...* » Cette simplification, d'abord introduite par une loi du 1er mars 1918 en vue de la constitution des dossiers pour la liquidation des pensions sur le Trésor public, est devenue le droit commun depuis la loi du 9 août 1919 qui lui a donné une portée générale en effaçant les premiers mots du paragraphe 3 de l'article 45, C. civ., nouvelle rédaction.

256. 2° Acte de naissance. — Toute une législation est intervenue dans le but de protéger les enfants naturels contre des indiscrétions de nature à leur nuire, mais qui est valable pour tous les actes de naissance, même s'ils concernent des enfants légitimes.

La réforme capitale procède d'une loi du 30 novembre 1906 qui a institué, à côté de la *copie conforme* de l'acte, un simple *extrait*, lequel mérite son appellation, car il ne contient qu'un nombre restreint d'indications, le strict nécessaire : date et lieu de naissance, sexe, prénoms, et enfin les noms, prénoms, professions et domicile des père et mère, abstraction faite de tous autres renseignements et, notamment, des mentions marginales (art. 57, § 5, nouv. réd.).

Or, les *copies conformes* ne sont délivrées qu'à certains requérants : le procureur de la République, l'enfant, ses descendants et ascendants, son conjoint et son tuteur ou

représentant légal; toutes personnes ne rentrant pas dans cette énumération n'auront droit qu'à un extrait *stricto sensu*, à une copie expurgée, à moins cependant qu'elles n'obtiennent du juge de paix du canton où l'acte a été dressé, une autorisation spéciale en vue de l'obtention d'une copie intégrale (art. 57, § 2, nouv. réd.).

La loi se contente, en vue du mariage, d'un simple extrait (art. 70, § 1, mod. par l. 11 juin 1929; *inf.* n° 771).

De plus, l'expédition de l'acte de naissance produite par l'enfant légitimé est rédigée exactement comme celle de l'acte d'un enfant légitime : on se contente, dans un cas comme dans l'autre, de mentionner la qualité d'époux des père et mère (art. 70, § 1, mod. par l. 11 juill. 1929); enfin, une autre loi, du 7 février 1924, s'inspirant d'une disposition de la loi du 22 juillet 1922, modifiant l'article 57, § 1, décide que « *si les père et mère de l'enfant naturel, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet* »; en d'autres termes, on n'indiquera plus que l'enfant est né de père et mère inconnus, et c'est ce que décide formellement la loi du 22 juillet 1922, dans son article 2.

Le mérite de cette réglementation est très contestable : cet effort dépensé par le législateur en vue de donner le change au public ne cadre nullement avec l'esprit même de l'institution qui est de renseigner les tiers, non de les tromper ou de leur proposer des énigmes. D'ailleurs, le but poursuivi ne sera pas atteint et les enfants naturels ne parviendront pas, malgré la complicité du législateur, à se faire passer pour légitimes : 1° Parce qu'en fait, l'enfant légitime requerra volontiers une copie intégrale de son acte de naissance et que, dès lors, la production d'un simple extrait, tronqué, suffira à donner l'éveil; 2° Parce que, le plus souvent, l'enfant naturel, s'il a été reconnu, ne l'aura été que par un de ses auteurs, sa mère par exemple; le nom du père ne figurera donc pas sur l'extrait, ce qui sera suffisamment clair; 3° Parce que le premier venu peut, théoriquement sinon dans la réalité des faits, demander l'extrait d'un acte de *reconnaissance* qui le fixera sur la situation exacte; en effet, la législation de 1906-1924 ne vise que l'acte de naissance; pour les autres actes, la loi ne prévoit que la délivrance de copies conformes.

En résumé, c'est un coup d'épée dans l'eau qui a été donné par le législateur; malgré tout, la vérité continuera à se faire jour et les expéditions délivrées aux requérants seront des instruments de publicité, non de falsification de la vérité.

SECTION II. — DES PERSONNES QUI PARTICIPENT A LA CONFECTION ET A LA TENUE DES REGISTRES

257. Enumération. — La confection d'un acte de l'état civil et la tenue des registres sur lesquels il figure impliquent la collaboration de plusieurs personnes qui jouent les rôles très différents d'*officier de l'état civil*, de *parties*, de *déclarants* et de *témoins*.

258. I. L'officier de l'état civil. — Depuis le jour où fut réalisée la sécularisation de l'état civil, c'est aux municipalités que furent invariablement confiées la rédaction et la tenue des actes de l'état civil ainsi que des registres dont ils font partie intégrante. La loi du 28 pluviôse an VIII institua officiers de l'état civil les maires et leurs adjoints. En réalité, les maires sont les seuls officiers de l'état civil, de même qu'ils sont les seuls administrateurs des communes; mais ils ont la faculté de consentir des délégations à tels ou tels de leurs collaborateurs — adjoints, conseillers municipaux — notamment dans le cadre de l'état civil, et *sans être astreints à suivre un ordre quelconque*; à défaut d'une délégation et si le maire est absent ou empêché, le remplacement s'effectue au contraire suivant un ordre déterminé, d'abord par un adjoint et d'après l'ordre des nominations, sinon par un conseiller municipal suivant le rang du tableau (l. 5 avril 1884, art. 81 et 84).

En tant qu'officiers de l'état civil, les maires ne sont pas chargés seulement de la confection, de la garde et de la tenue des registres; ils procèdent aussi à la publication et à la célébration des mariages et à la constatation des décès (art. 77).

259. Caractères des fonctions de l'officier de l'état civil. — Les fonctions de ce magistrat municipal, présentent ce triple caractère d'être *judiciaires*, *territoriales* et *obligatoires*.

1° Elles sont *judiciaires* : en tant qu'ils administrent l'état civil, les maires relèvent du procureur de la République, du procureur général et du ministre de la justice, au lieu que, dans l'ordre administratif, ils sont placés sous l'autorité et la surveillance du préfet et du ministre de l'intérieur; et précisément parce qu'il s'agit là d'un service judiciaire, l'Etat n'est pas responsable de son mauvais fonctionnement : les fautes commises par l'officier de l'état civil, en cette qua-

lité, n'engagent ni l'Etat, ni d'ailleurs la commune elle-même, mais uniquement le maire, personnellement (v. la note de M. MESTRE, *S.* 1909, 2, 17);

2° Leur compétence est *territoriale*; elle expire aux limites de la commune, et sans qu'il y ait lieu de prendre en considération le domicile des ressortissants; c'est ainsi qu'un acte de décès ne peut être dressé que par le maire de la commune sur laquelle le décès s'est produit, à l'exclusion du maire de la commune où le défunt se trouvait domicilié. Cependant, il y a, nous le verrons, des réserves à faire pour le *mariage*;

3° Les fonctions de l'officier de l'état civil ont un caractère *obligatoire*, et pour les parties intéressées qui n'ont ordinairement pas le choix entre plusieurs municipalités (sauf pour le mariage, *inf.* n° 776, et aussi pour la reconnaissance d'un enfant naturel, laquelle n'est assujettie à aucune condition de lieu), et pour le maire qui ne saurait refuser le secours de son ministère, soit à l'occasion d'un mariage, soit en ce qui concerne la délivrance d'une copie ou d'un extrait.

260. II. **Les parties.** — Ce sont les personnes que l'acte concerne, dont il affecte l'état civil, par exemple, dans l'acte de mariage, les époux; dans l'acte de naissance le nouveau-né.

Au point de vue de la participation des parties, les actes de l'état civil sont à répartir dans trois catégories :

1° Ceux, ou plutôt celui pour lequel la comparution effective et personnelle des intéressés est strictement obligatoire : le *mariage* (*inf.* n° 779);

2° Ceux qui impliquent bien la présence des parties mais auxquels elles ont la facilité de se faire représenter par un mandataire, muni d'une procuration authentique. Exemple : la *reconnaissance* d'un enfant naturel (art. 36; *inf.* n° 1197);

3° Ceux pour lesquels la présence de celui ou de ceux qui occupent le premier rôle n'est aucunement exigée, à savoir l'acte de *décès* et l'acte de *naissance*. Pour le premier de ces actes, il est procédé par voie de vérification (*inf.* n° 270); pour le deuxième, la formalité de la présentation de l'enfant, qui était exigée par le Code civil et qui n'était jamais observée, a été supprimée par la loi du 20 novembre 1919 (*inf.* n° 266).

261. III. **Les déclarants.** — Ce sont des personnes qui comparaissent devant l'officier de l'état civil (d'où le nom de *comparants* par lequel on les désigne volontiers), pour

lui déclarer (d'où le nom de *déclarants*) les faits à constater, lorsque la partie intéressée se trouve dans l'impossibilité de le faire elle-même : c'est ainsi que le père fait, à la mairie, la déclaration de la naissance de son enfant (art. 56).

Toute personne est apte à jouer le rôle de déclarant : les femmes comme les hommes, les étrangers comme les Français, les mineurs comme les majeurs, du moins s'ils ont atteint l'âge du discernement.

262. IV. **Les témoins.** — Parfois, la loi exige la présence de témoins afin de déjouer des fraudes, mais les règles deviennent de plus en plus libérales.

1° *Quant à la nécessité de faire intervenir des témoins;* elle existait jadis pour les actes de décès et pour les actes de naissance; elle a été supprimée, dans les deux cas, par une loi du 7 février 1924 (art. 78 et 57, nouv. réd.). En somme, les témoins ne sont plus exigés que pour le mariage;

2° *Quant au nombre des témoins.* Autrefois, et d'après le Code civil, quatre témoins étaient exigés pour le mariage; leur nombre a été réduit à deux par la loi du 9 août 1919 (art. 75, § 1, nouv. réd.);

3° *Quant aux qualités requises chez les témoins.* Le Code civil n'admettait que les témoins mâles; la loi du 7 décembre 1897 a donné aux *femmes* la capacité de servir de témoins dans les actes de l'état civil, sous le bénéfice de cette réserve que le mari et la femme ne pouvaient pas être témoins dans le même acte; mais cette restriction a été supprimée par une loi du 27 octobre 1919 qui a biffé, à cet effet, le deuxième alinéa de l'art. 37.

Actuellement, une seule condition est exigée : la majorité; il n'est pas nécessaire que les témoins soient Français, ni qu'ils soient domiciliés dans la commune; ils sont choisis librement par les personnes intéressées (art. 37), soit parmi les parents, soit en dehors de la famille.

Les règles applicables aux témoins des *actes notariés* sont bien plus sévères : les étrangers et les parents des parties sont alors frappés d'exclusion.

SECTION III. — TENUE DES REGISTRES DE L'ÉTAT CIVIL

§ I. — RÈGLES GÉNÉRALES

263. Tenue en double exemplaire. — Les registres doivent être tenus en double exemplaire, dont chacun a la valeur d'un original; pendant l'année courante, les deux

exemplaires sont sous la garde du *maire*; une fois l'année expirée, l'un d'eux est déposé aux *archives de la mairie*, tandis que l'autre doit l'être au *greffe du tribunal civil* (art. 43). De cette façon, les risques de destruction sont limités; c'est seulement si l'Hôtel de Ville et le Palais de Justice sont tous deux incendiés, comme il est advenu à Paris pendant la Commune, que le désastre devient difficilement réparable.

264. Rédaction de l'acte. — Les actes ne sont jamais inscrits sur des feuilles volantes (art. 40 et 52), mais bien sur des registres, « *de suite et sans aucun blanc. Les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte. Il n'y sera rien écrit par abréviation, et aucune date ne sera mise en chiffres* ». Chaque feuillet est numéroté et doit être paraphé, jadis par le président du tribunal (art. 41 et 42), actuellement par le juge de paix (D. 5 nov. 1926, *concernant la compétence civile et pénale des juges de paix*, art. 3).

L'officier de l'état civil doit donner lecture de l'acte aux parties, et, s'il y a lieu, aux témoins (art. 38), après quoi les signatures sont apposées au bas par le magistrat municipal, par les parties, par les déclarants et par les témoins (art. 39).

L'acte doit contenir toutes les mentions réglementaires (voy. l'art. 34), mais *aucune autre*; l'officier de l'état civil ne pourrait pas donner libre carrière à son imagination et faire de la littérature sur les registres officiels (art. 35 et 85). Aussi a-t-il fallu l'intervention du législateur pour que les actes de décès des militaires tombés au champ d'honneur fissent mention des conditions dans lesquelles ils avaient trouvé la mort (L., 2 juillet 1915, modifiée par une autre loi du 28 fév. 1922, et qui a prescrit l'insertion des mots *mort pour la France*); de même, la loi du 27 juillet 1917, article 8, décide qu'il doit être fait mention, en marge de l'acte de naissance d'un enfant, de son *adoption par la Nation* à titre de fils ou de fille d'une victime de la guerre.

Lorsque le dépôt des registres est effectué de part et d'autre à la fin de l'année, le procureur de la République doit vérifier si les prescriptions réglementaires ont été observées (art. 53).

Un décret du 27 février 1913 a prescrit la tenue de *tables alphabétiques* des actes de l'état civil, annuelles et décennales (D. du 19 avril 1924, mod. par D. du 26 juill. 1933).

§ II. — RÈGLES SPÉCIALES AUX ACTES DE NAISSANCE

265. — Elles concernent tant la déclaration de la naissance que la rédaction de l'acte lui-même.

1° La *déclaration* doit être faite par le *père*, à son défaut — s'il est déjà décédé, absent ou malade — par *les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement, et, lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, la personne chez qui elle sera accouchée* » (art. 56, § 1). Toutes ces personnes sont, concurremment et sans aucun ordre, tenues de faire la déclaration à défaut du père, à peine d'encourir les pénalités prévues par la loi.

La déclaration doit être faite dans les *trois jours* de l'accouchement, mais sans compter le jour initial. *Dies a quo non computatur in termino.* La sanction est rigoureuse; elle est d'ordre pénal et d'ordre civil : d'une part, les délinquants encourent un emprisonnement de six jours à six mois et une amende de 16 à 300 francs. (C. pén., art. 346); d'autre part, l'officier de l'état civil à qui est faite une déclaration tardive, doit la refuser et la naissance ne pourra être inscrite sur les registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal du lieu de la naissance de l'enfant, et, si ce lieu est inconnu, du domicile du requérant (art. 55, § 2).

266. — 2° La *rédaction* de l'acte de naissance doit être effectuée *sur-le-champ* (art. 56, § 2); les formalités ont été simplifiées :

a) Une loi du 7 février 1924 a supprimé l'intervention de témoins;

b) Une autre loi du 20 novembre 1919 a supprimé la formalité de la *présentation* de l'enfant à la mairie, formalité qui était exigée jusqu'alors par l'article 55, § 1, et qui n'était, d'ailleurs, jamais observée; on la remplaçait par la production d'un certificat médical. Depuis la réforme opérée en 1919, la loi, qui est tombée d'un excès dans l'excès contraire, n'exige plus ni l'une ni l'autre de ces formalités; de telle sorte que l'officier de l'état civil n'a plus la possibilité, ni même, semble-t-il, le droit de procéder à une vérification; mais, en fait, dans les grandes villes, et notamment à Paris, les services de l'état civil continuent à exiger un certificat médical, qui, en droit, n'est nullement obligatoire (Paris, 10 mai 1929, *D. H.* 1929, 418), tandis qu'ailleurs on se contente de la déclaration toute nue. Il y a là un défaut

de cohérence auquel il conviendrait de mettre bon ordre (Edouard Lévy, *La constatation des naissances et des décès*, *Rev. crit.*, 1926, p. 64).

267. — L'acte indique le *jour*, l'*heure* et le *lieu* de la naissance, le *sexe* de l'enfant et les *prénoms* qui lui seront donnés. (Art. 57, § 1.)

Quant aux *noms des parents*, leur mention ne fait aucune difficulté si l'enfant est *légitime*, et le Code civil prévoit qu'ils figurent dans l'acte avec les prénoms, âges, professions et domiciles (même texte). Si l'enfant est *naturel*, la loi veut qu'il ne soit fait aucune mention au sujet de ses parents, s'ils *ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil* (même texte, modifié par L. du 7 février 1924); donc, ou bien les parents sont eux-mêmes désignés et alors leurs noms figurent dans l'acte, ou bien leur identité n'est pas déclarée, et alors il n'en sera pas question.

Le second terme du dilemme ne paraît pas offrir de difficulté; mais il en va autrement du premier, du moins en ce qui concerne le père naturel; dans l'état actuel de notre droit, il nous paraît impossible d'admettre que le nom du père figure dans l'acte, à moins qu'il n'ait déjà reconnu son enfant ou que, du moins, il ne se soit fait connaître lui-même à l'officier de l'état civil.

Il faut d'ailleurs noter que l'indication du nom d'un auteur de l'enfant dans l'acte de naissance, n'entraîne pas reconnaissance de sa part, cette indication émanât-elle de lui-même.

Les nom, prénoms, âge, profession et domicile du *déclarant* doivent figurer dans l'acte (art. 57, § 1).

268. — Pour les *enfants trouvés*, l'acte de naissance est remplacé par un procès-verbal inscrit sur les registres, par application de l'article 58. Il est rappelé que la loi interdit les mentions de « père ou de mère inconnu ou non dénommé » (L. 22 juill. 1922, art. 2; *Sup.* n° 256).

Pour les *naissances en mer*, il existe une réglementation spéciale contenue dans les articles 59 et suivants, à la lecture desquels nous renvoyons purement et simplement.

§ III. — RÈGLES SPÉCIALES AUX ACTES DE DÉCÈS

269. — Distinguons, ici encore, la *déclaration* du décès et la *rédaction* de l'acte, et, en outre, la *vérification* de l'événement.

1° La *déclaration*, aux termes de la législation actuelle, est faite soit par un parent du défunt, soit par une *personne possédant sur son état civil les renseignements les plus exacts et les plus complets qu'il sera possible* (art. 78, modifié par la L. du 7 février 1924).

En ce qui concerne le délai, un décret du 15 avril 1919 (art. 8), décide que *les déclarations de décès prévues par l'article 78 du Code civil doivent être faites dans un délai de vingt-quatre heures après le décès*. Mais il ne semble pas que l'officier de l'état civil puisse refuser de recevoir une déclaration à raison de son caractère tardif, ni même que les retardataires encourent une sanction quelconque : à ces deux points de vue, la réglementation des actes de décès s'oppose à celle des actes de naissance.

270. — 2° La *vérification* du décès devrait être l'œuvre de l'officier de l'état civil, à qui la loi fait un devoir de se transporter auprès du défunt (art. 77); en fait, du moins dans les villes, cette formalité est remplacée par la production d'un certificat médical. Cette pratique est assurément incorrecte, mais elle est préférable à l'observation stricte de la loi : un homme de l'art est plus qualifié que le maire pour s'assurer de la réalité du décès.

271. — 3° *Rédaction* de l'acte de décès. — Les mentions qui doivent trouver place dans l'acte de décès, rédigé par le maire de la commune où ce décès s'est produit (art. 8), sont énumérées par l'article 79 (modifié par la loi du 7 février 1924). Ce sont : les jour, *heure* et lieu du décès : les prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile du défunt; les prénoms, noms, professions et domiciles de ses père et mère; les prénoms et nom du conjoint, s'il y a lieu; enfin, les prénoms, nom, âge, profession et domicile du déclarant, et, s'il y a lieu, son degré de parenté avec la personne décédée. Le texte ajoute, d'ailleurs, très raisonnablement : « *Le tout, autant qu'on pourra le savoir* »; il arrive parfois, en effet, que l'heure, voire le jour ou le lieu du décès demeurent inconnus, comme si un cadavre est retiré d'une rivière, ou si une personne décède solitaire, à son domicile, et que l'événement ne soit découvert que plusieurs jours après. En pareil cas, l'officier de l'état civil agira au mieux; il donnera approximativement, et dans la mesure du possible, les renseignements énumérés dans l'article 79.

Par application d'un principe ci-dessus énoncé (*sup.* n° 264), il ne dépendrait pas de l'officier de l'état civil d'in-

sérer dans l'acte des *énonciations non réglementaires*, et, par exemple, d'indiquer les circonstances dans lesquelles la mort s'est produite : accident, meurtre, exécution capitale; l'article 85 s'en explique formellement. Nous avons signalé que des textes législatifs spéciaux étaient intervenus dans le but de permettre et de prescrire l'insertion, dans les actes de décès des soldats tombés au champ d'honneur, la mention *mort pour la France*. (Loi du 2 juillet 1915.)

272. Permis d'inhumer. — Aucune inhumation ne peut être faite sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil; elle ne doit être délivrée que *vingt-quatre heures* après le décès, afin d'éviter un dénouement précipité et ne présentant pas toutes garanties suffisantes, sauf cependant les cas prévus par les règlements de police (art. 77). Lorsqu'il y a des signes ou indices de mort violente, des précautions spéciales doivent être prises (art. 81 et 82).

273. Décès survenus en mer ou dans les hôpitaux ou formations sanitaires. — Pour les décès survenus en mer, au cours d'une traversée, l'acte est dressé par les officiers du bord, dans les *vingt-quatre heures*; il est transmis, à fin de transcription sur les registres, à la mairie du dernier domicile, sinon à Paris (mairie du premier arrondissement). (Art. 86 cbn art. 60.)

Pour les décès survenus dans les *hôpitaux*, voyez les dispositions contenues dans l'article 80.

274. Impossibilité de rédiger un acte de décès; jugements déclaratifs du décès. — Il arrive que le décès d'une personne ne puisse être constaté dans les termes de l'article 77, le cadavre n'ayant pas été retrouvé. En pareil cas, la rédaction d'un acte de décès devient impossible, et le disparu est en état d'*absence*, avec cette particularité qu'en fait son décès est certain. Nous verrons que des dispositions ont été prises, mais pour certaines éventualités seulement, afin de conjurer ce résultat paradoxal : un jugement vient *déclarer* le décès qui n'a pu être administrativement constaté, et il tient lieu d'acte de décès (*Inf.* n^{os} 296 et suivants).

§ IV. — RÈGLES SPÉCIALES AUX ACTES DE MARIAGE

275. — L'officier de l'état civil qui procède à la célébration d'un mariage doit rédiger, séance tenante, un *acte de*

mariage, lequel contient différentes énonciations énumérées dans l'article 76, à la lecture duquel nous renvoyons le lecteur, en observant seulement qu'il a été modifié à maintes reprises, par des lois du 21 juin 1907, du 9 août 1919, du 28 avril 1922, du 4 février 1928, enfin du 13 février 1932, laquelle a supprimé le 5° exigeant auparavant la mention qu'il n'existait pas d'opposition au mariage; quant à la loi du 4 février 1928, elle a simplifié, elle aussi, pour le cas où l'un des conjoints en est à son second ou subséquent mariage; il n'est plus nécessaire d'indiquer les prénoms et noms des précédents conjoints, avec les dates des décès ou divorces ayant entraîné la dissolution des précédents mariages; il suffit désormais de mentionner les prénoms et nom *du* précédent conjoint de chacun des époux (art. 76 — 4°, nouv. réd.).

Section IV. — FORCE PROBANTE DES REGISTRES ET DES COPIES DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

276. Position du problème. — La force probante d'un acte, c'est l'autorité qui y est attachée en tant qu'instrument de preuve, c'est son *degré de crédibilité*.

Or, en ce qui concerne les actes de l'état civil, le problème se pose sous un aspect simplifié, en ce sens qu'on ne distingue :

1° Ni entre les deux exemplaires des registres : ils ont la même valeur, la même autorité;

2° Ni entre les registres eux-mêmes et les copies ou même les simples extraits sommaires, délivrés au premier requérant venu : l'original et la copie ont la même vertu probatoire, à condition cependant que l'extrait ait été délivré par un des deux dépositaires des registres (maire ou greffier du tribunal), et, de plus, qu'il soit conforme au registre (art. 45), c'est-à-dire, en réalité, *certifié* conforme. Et c'est tout : comme nous l'avons précédemment noté (*sup.* n° 254), il n'est plus nécessaire que la signature du dépositaire qui délivre la copie soit légalisée, du moins si c'est en France que l'acte doit être utilisé (art. 45, § 2, nouv. réd.); lorsque la légalisation devient obligatoire, parce que l'acte doit être produit devant des autorités étrangères, elle est assurée soit par le président du tribunal de première instance, soit, dans les cantons dépourvus d'une telle juridiction, par le juge de paix. (L. du 2 mai 1861.)

Lorsque ces conditions sont réunies, l'expédition participe de la vertu probatoire du registre; la loi présume sa conformité, contrairement au droit commun des obligations

d'après lequel celui qui produit une copie peut être mis en demeure de représenter l'original, s'il existe (art. 1334).

La force probante est donc une; quelle est-elle au juste?

277. Les registres et leurs extraits font foi jusqu'à inscription de faux. — Tel est le principe posé par l'article 45, § 2, pour les copies, et qui est évidemment vrai, à plus forte raison, pour les registres eux-mêmes.

Solution rationnelle; car les actes de l'état civil sont des *actes authentiques*; ils répondent, en effet, à la définition que le Code civil donne de cette sorte d'actes (art. 1317). Or, les actes authentiques font foi *jusqu'à inscription de faux*.

Nous avons eu l'occasion, dans les quelques notions consacrées à la preuve (*sup.* n° 176) de fixer le sens de cette formule : celui qui s'insurgera contre l'acte soit quant à sa source, quant à sa sincérité, soit quant à l'exactitude des mentions qu'il contient, celui-là devra engager une procédure spéciale, dérogatoire au droit commun et périlleuse pour lui, la *procédure d'inscription de faux*; il lui faudra s'inscrire en faux contre l'acte, au sens technique du mot; s'il vient à succomber, il sera condamné, sans parler des dommages-intérêts et des dépens de l'instance, à une amende (C. pén., art. 246); la procédure a un caractère *pénal*, qui se justifie pleinement : il ne faut pas qu'un acte rédigé par un des mandataires de la société puisse être attaqué à la légère; les bases sociales ne doivent pas être ébranlées en vain; *provision est due au titre*, dans toute la force de cette locution traditionnelle.

278. Portée d'application limitée de la force probante exceptionnelle des actes de l'état civil. — Ce ne sont pas toutes les mentions figurant dans l'acte qui font foi jusqu'à inscription de faux, mais uniquement celles dont l'appréciation met en question la parole de l'officier de l'état civil; il faut qu'un officier public soit cru sur parole, mais un particulier ne saurait émettre une telle prétention. On fera donc, dans les affirmations contenues dans l'acte, deux parts : d'un côté, celles qui émanent de l'officier de l'état civil, lequel a certifié que tel jour, à telle heure, a comparu devant lui telle personne qui est venue lui déclarer la naissance d'un enfant de tel sexe; ces affirmations-là sont tenues pour exactes jusqu'à inscription de faux parce qu'on ne saurait en contester l'exactitude sans infliger par cela même un démenti au maire, officier public; mais il y a, d'autre part, des affirmations qui n'émanent pas de celui-ci,

par exemple le moment de la naissance de l'enfant; sur ce point, le rédacteur de l'acte n'a fait que reproduire, sans se l'approprier, la déclaration du père, dont l'exactitude peut donc être contestée conformément au droit commun; dans cette mesure, l'acte ne fait foi que jusqu'à preuve contraire et cette preuve pourra être administrée même par témoins.

Ainsi, quant à la force probante, l'acte de l'état civil n'est nullement indivisible; il offre *l'assemblage de deux ordres d'affirmations*, celles qui émanent de l'officier public et qui sont tenues pour vraies jusqu'à inscription de faux, puis celles qui proviennent de particuliers et que le maire ou son délégué s'est contenté de reproduire sans les faire siennes; elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire administrée dans les termes du droit commun.

Section V

SANCTIONS DES PRESCRIPTIONS LÉGALES

279. — Les règles prescrites n'ont pas été observées : l'acte a été reçu par un officier de l'état civil incompétent; ou bien il a été inscrit sur une feuille volante; ou il est raturé, les dates y sont mentionnées en chiffres; ou encore, la signature de l'officier de l'état civil fait défaut : quelles seront les sanctions de l'irrégularité commise?

On en conçoit de diverses catégories :

1° *Responsabilité* du coupable;

2° *Nullité* de l'acte irrégulier;

3° *Rectification* dudit acte.

280. I. **Responsabilité de l'officier de l'état civil à qui l'irrégularité est imputable.** — Cette responsabilité sera pénale ou civile.

1° *Pénale* : elle variera suivant les circonstances, avec la gravité de la faute commise : elle s'étagera depuis une simple *amende* (art. 50), jusqu'aux *travaux forcés* pour le cas de faux, en passant par *l'emprisonnement*, lorsque l'acte a été inscrit sur une feuille volante (C. pén., art. 192);

2° *Civile* : les personnes — parties à l'acte ou tiers — à qui l'irrégularité a pu causer un préjudice, seront fondées à réclamer au coupable des *dommages-intérêts* (art. 51 et 52).

281. II. **Nullité de l'acte irrégulier.** — Il faut observer :

1° Que les irrégularités commises sont de gravité très variable : on ne saurait placer sur la même ligne l'énonciation d'une date en chiffres et l'incompétence de la personne qui a reçu l'acte; ceci est autrement grave que cela;

2° Que ces irrégularités ne sont nullement imputables aux parties, lesquelles n'en peuvent mais; ce n'est pas leur faute si les registres de l'état civil sont mal tenus. Or, si l'acte irrégulier était annulé, ce sont elles qui supporteraient les conséquences de cette sanction; par exemple, un mariage étant annulé, les époux se trouveraient être désormais des concubins, de même que, si on déclare inefficace un acte de reconnaissance, c'est l'enfant irrégulièrement reconnu qui sera victime de la faute commise : les innocents seront frappés les premiers.

La nullité est donc, en pareille matière, une arme fort dangereuse, dont le tranchant le plus acéré est dirigé au rebours de toute justice, et l'on comprend que, nulle part, le législateur ne l'ait prononcée; il n'existe pas un seul texte qui attache l'inefficacité d'un acte de l'état civil à telle ou telle irrégularité commise, si grave soit-elle. C'est donc que le législateur a voulu laisser le juge souverain appréciateur de l'opportunité qu'il peut y avoir à déclarer nul un acte de ce genre : la question est, sinon une question de fait — car la Cour de cassation exerce un contrôle en la matière — du moins une question d'espèce, d'opportunité, et, dans une large mesure, de bonne foi.

Assurément, si l'acte est informe, il est voué à la caducité : reçu ailleurs qu'à la mairie, par un particulier quelconque, il est inexistant; rédigé sur une feuille volante, il est nul sans aucun doute. Mais, si c'est la signature de l'officier de l'état civil qui fait défaut, on se montre déjà plus accommodant; à moins qu'une autre incorrection ne vienne se conjuguer avec celle-ci (Toulouse, 16 mai 1899, *D. P.*, 1901, 2, 116), on se contentera de régulariser la situation en enjoignant à l'officier de l'état civil de faire le nécessaire (Ordon. du 26 nov. 1823).

282. Les mariages de Montrouge. — La jurisprudence a eu l'occasion de faire preuve de cet esprit de modération dans l'affaire dite des mariages de Montrouge; d'après la législation antérieure à 1884, le maire ne pouvait déléguer ses fonctions d'officier de l'état civil, aux adjoints et aux conseillers municipaux, qu'à la condition de suivre l'ordre du tableau; or, il est arrivé que le maire de Montrouge consentit une délégation à un conseiller qui figurait en fin de liste, sans d'ailleurs que les adjoints fussent absents ou

empêchés. La délégation était certainement incorrecte, et la question se posa de savoir si les actes de l'état civil, reçus dans de telles conditions, n'étaient pas frappés de nullité, question grave, surtout pour les mariages auxquels il avait été procédé. Le tribunal civil de la Seine se prononça pour la nullité; mais la Cour de cassation, saisie par son procureur général, dans l'intérêt de la loi, cassa cette décision rigoureuse en faisant valoir qu'aucun texte ne prescrivait la nullité; le procureur général, dans ses conclusions, avait produit un autre argument, tiré de la bonne foi des parties, de l'erreur invincible dans laquelle elles étaient tombées : « *error communis facit jus* »; *l'erreur commune* et justifiée est *créatrice de droit* (Civ., 7 août 1883, *S.* 1884, 1, 5; *D. P.* 1884, 1, 5).

283. Les mariages célébrés pendant la Commune. — Il arrive que l'irrégularité commise soit plus grave encore; à Paris, en 1871, alors que la Commune était triomphante, des actes de l'état civil furent reçus par des hommes qui étaient investis d'un simple pouvoir de fait, par des agents de l'insurrection. Leur nullité ne pouvait être contestée et il n'aurait pas dépendu des tribunaux de l'esquiver; il ne pouvait être ici question d'erreur commune; les parties intéressées connaissaient, lors de la réception de l'acte, la situation exacte. Il fallut donc l'intervention du législateur lui-même pour sortir de l'impasse : une loi des 19-23 juillet 1871 reconnut, dans son article 5, la validité des 684 mariages auxquels les agents du pouvoir insurrectionnel avaient procédé, mais en prescrivant d'ailleurs la réfection des actes irréguliers; son œuvre de réparation et de reconstitution fut complétée par une autre loi du 6 janvier 1872.

284. III. Rectification des actes de l'état civil. — C'est la sanction normale et la plus effective : puisque la nullité ne fonctionne presque jamais, il faut du moins se préoccuper de remettre les choses au point; à défaut d'une sanction répressive, la *mesure réparatrice* s'impose. (C. civ. art. 99 à 101, modifiés par une loi du 20 nov. 1919; C. pr., art. 855 à 858).

Voyons : 1° *dans quel cas* il y a lieu à rectification; 2° *par qui* et suivant quelles règles la rectification peut être ordonnée; 3° *comment*, sous quelle forme elle est effectuée.

285. A. Dans quels cas y a-t-il lieu à rectification? 1° Lorque l'acte est *incomplet* : la rectification a alors

lieu par voie d'*addition*; par exemple, on complétera l'acte en ajoutant la signature de l'officier de l'état civil;

2° Lorsque l'acte est *surabondant*; lorsqu'il contient des énonciations non réglementaires, voire prohibées; on procède alors par voie de *suppression* (filiation adultérine ou incestueuse; peine capitale subie par le défunt);

3° Lorsque l'acte contient des énonciations *inexactes* : la rectification affecte en ce cas la forme d'une correction : c'est un nom qui est mal orthographié, ou, erreur plus grave, c'est un enfant du sexe masculin qui est présenté comme appartenant au sexe féminin, ou inversement : on rétablira la vérité avec laquelle des libertés fâcheuses avaient été prises.

286. — Il est à remarquer que la rectification peut devenir nécessaire, *indépendamment de toute irrégularité commise*, par exemple si l'acte, correctement dressé, a été l'objet d'une altération postérieure à sa rédaction, ou encore si une personne a été autorisée, par décret, à changer de nom; dans des cas semblables, l'acte a été initialement rédigé de manière irréprochable, mais un événement est survenu par la suite qui détermine une rectification.

287. B. **Par qui et suivant quelles règles la rectification peut être ordonnée.** — Deux écueils sont à éviter : il ne faut pas imposer aux intéressés des formalités trop longues et trop onéreuses qui risqueraient de les décourager; mais cependant, le système rectificatif doit présenter des garanties de sincérité : on ne saurait laisser à l'officier de l'état civil le soin de procéder lui-même, de sa propre autorité et presque clandestinement, à de prétendues rectifications, à des mises au point discrétionnaires dont le péril serait grand, pour les intéressés comme pour la société elle-même.

La réglementation actuelle donne assez bien satisfaction à cette double directive : d'une part, la rectification est toujours *judiciaire*; elle échappe, théoriquement du moins et sauf pour les erreurs de plume de faible importance, à l'officier de l'état civil; d'autre part, le législateur a pris des précautions pour en assurer la simplification et l'accélération; c'est dans cet esprit qu'il a modifié les articles 99 et suivants. (L. 20 nov. 1919.)

Le magistrat compétent est le *président du tribunal* dans le ressort duquel l'acte a été dressé; il est saisi soit par une requête des parties intéressées (personnes ayant un intérêt *né et actuel*), soit par le ministère public (art. 99); dans le

premier cas, la requête doit être communiquée au procureur de la République (même texte et C. pr., art. 855), qui sera toujours entendu en ses conclusions. La décision rendue par le président est toujours susceptible d'appel (art. 99). De plus, il est à noter que, si l'affaire paraît trop délicate à ce magistrat, il a la faculté de la renvoyer devant le tribunal lui-même (art. 99, et C. pr., art. 855, § 1).

288. C. Comment et sous quelle forme la rectification est effectuée. — Elle n'implique nullement une modification matérielle de l'acte, lequel demeure inscrit tel quel sur les registres; seulement, le dispositif de l'ordonnance, du jugement, ou de l'arrêt de rectification, est transcrit sur ces mêmes registres; de plus, mention de cette transcription est faite en marge de l'acte réformé, en sorte que la copie conforme qui sera délivrée à l'occasion fera état de la modification effectuée : du même coup, on aura connaissance et de l'irrégularité et de sa réparation (art. 101; c. pr. art. 857).

Ce procédé de rectification est pratique; en outre, il est juridiquement nécessaire.

1° Il est *pratique*, car il évite des ratures, des surcharges qui auraient rendu la lecture des registres malaisée et incertaine;

2° De plus, il était rendu *juridiquement nécessaire*, par le principe de l'*autorité relative de la chose jugée*. Les jugements, et, plus généralement, les décisions judiciaires, n'ont d'effet qu'à l'égard des personnes qui ont été parties à l'instance; ils ne profitent ni ne nuisent aux tiers (art. 1351). Ce principe est applicable aux jugements rectificatifs de l'état civil (art. 100), en sorte que *la rectification n'existe qu'au regard des personnes qui ont été liées à la procédure*; vis-à-vis de tous autres, l'acte subsiste tel qu'auparavant; la rédaction primitive conserve donc, malgré la rectification intervenue, une valeur de principe; c'est pourquoi il est indispensable qu'elle subsiste intégralement; du moment qu'elle exprime toujours la vérité pour tout le monde, sauf pour les personnes qui furent liées à la procédure rectificative, elle doit être maintenue dans sa teneur intégrale.

C'est au procureur de la République qu'il appartient de prendre l'initiative des formalités de transcription et de mention en marge, en transmettant à l'officier de l'état civil compétent la teneur de la décision modificative intervenue (art. 101).

289. Rectification administrative. — Au cours de la dernière guerre, deux lois du 30 septembre 1915 et du 18 avril 1918, ont institué un système de rectification administrative, spécial aux actes de décès des militaires, des marins et des personnes employées à la suite des armées; la procédure ainsi organisée a le mérite de la simplicité, de la rapidité et de la gratuité. Une loi du 27 janvier 1929 a rendu la loi du 18 avril 1918 applicable aux actes de décès de tous les Français qui, avant le 2 août 1914, avaient leur domicile réel dans les régions envahies ou dévastées par l'ennemi, ou qui, du fait de la guerre, ont été forcés de quitter leur domicile.

Section IV.

LES SYSTÈMES DE PREUVE SUBSIDIAIRES AUX REGISTRES DE L'ÉTAT CIVIL

290. Principe. — Il semble que les registres de l'état civil devraient suffire, dans tous les cas, à assurer la preuve des événements affectant l'état des personnes; et, effectivement, ils ne sauraient être suppléés par aucun autre moyen : la preuve par témoins, comme la preuve par les papiers de famille, sont irrecevables; la preuve par les registres acquiert ainsi la valeur d'une véritable solennité.

291. Tempéraments. — Il arrive que les registres ne puissent plus remplir leur mission et que cependant les intéressés n'aient rien à se reprocher : force est bien alors au législateur de venir à leur secours, de les autoriser à établir leur état civil par des moyens exceptionnels, par des *modes subsidiaires*.

Les systèmes de preuves qui se rattachent à cette préoccupation présentent une ampleur plus ou moins grande :

1° Il en est un qui est à la fois *général* et *permanent* : c'est celui de l'article 46;

2° Il en est d'autres qui sont bien permanents, mais qui ne visent que les *actes de décès*;

3° Enfin, il est arrivé, au cours de notre histoire, que des mesures aient été prises *à titre accidentel et transitoire*, à la suite de guerres ou de catastrophes ayant remué profondément notre pays.

§ I. — SYSTÈME SUBSIDIAIRE, MAIS GÉNÉRAL ET PERMANENT, DE L'ARTICLE 46

292. — Ce système est *général*, en ce sens qu'il est valable pour tous les événements intéressant l'état des personnes, sans distinction, sauf une difficulté en ce qui concerne le mariage (Voy. *inf.* n° 887); il est *permanent*, c'est-à-dire qu'il est applicable à toute époque et en vertu du Code civil de 1804 lui-même; c'est une institution régulière, non un moyen de fortune auquel les pouvoirs publics auraient recours à des moments particulièrement indiqués.

L'article 46 qui institue ce système soulève diverses questions ayant trait :

1° Aux *éventualités* dans lesquelles existent les facilités de preuve qu'il donne aux intéressés;

2° A la *consistance* même desdites facilités : à quoi se ramènent-elles?

3° Enfin, à l'*autorité des jugements intervenus* par application de l'article 46.

293. I. Eventualités visées par le législateur dans l'article 46. — Ce texte ne vise expressément que deux situations :

1° *Il n'a pas existé de registres*, cas assez rare qui impliquerait un singulier désordre dans les affaires municipales;

2° *Les registres ont été perdus* (égarés, incendiés).

Il semble que cette énumération soit limitative et qu'on doive, en dehors de ses termes, en revenir au droit commun, c'est-à-dire au monopole exclusif des registres pour la preuve des événements affectant l'état civil des personnes. Mais notre jurisprudence s'est comportée tout autrement; placée en face des nécessités de la vie, elle a été amenée à admettre largement l'intervention des preuves exceptionnelles de l'article 46.

Elle l'a fait d'abord dans des cas voisins de ceux que prévoit le texte; soit que les registres aient été tenus avec négligence, par intermittence; on dira que, pendant les intervalles, *il n'a pas existé de registres*; soit qu'ils aient été lacérés, que des feuillets aient été arrachés; on admettra qu'il y a *perte partielle*.

Une fois engagé dans cette voie, les tribunaux sont allés plus loin, et ils ont admis un individu à recourir aux modes de preuve de l'article 46, *alors que les registres semblent avoir été régulièrement tenus*, et du moment que le requé-

rant prétend que tel événement, intéressant son état civil ou celui d'un de ses auteurs, a été omis sur lesdits registres.

Cette interprétation extensive n'est pas aussi risquée qu'on pourrait le penser; elle peut se réclamer de l'article 1348, qui met de côté la nécessité de produire une preuve littérale et qui admet le recours aux témoignages et aux simples présomptions, lorsque le titulaire d'un droit se trouve, par suite d'un cas de force majeure, dans l'impossibilité légitime de produire la preuve exigée par la loi. En somme, notre jurisprudence ne fait qu'appliquer aux actes de l'état civil ce principe très général; aussi n'admet-elle pas *de plano* le requérant à utiliser l'article 46, mais seulement à la double condition suivante : 1° Il faut que les circonstances rendent vraisemblable son affirmation, à savoir l'omission de l'événement le concernant; 2° On exige, en outre, que cette omission ne lui soit nullement imputable. Ainsi aménagée, cette jurisprudence se borne à transposer dans le domaine des actes de l'état civil la notion de la force majeure avec les conséquences qui y sont attachées, pour ce qui est du droit des obligations, dans l'article 1348.

294. II. Consistance des facilités accordées par l'article 46. — Sous ce nouvel aspect du problème, ce texte veut encore être complété avec l'aide des principes généraux. Il prévoit comme modes de preuve :

1° Les *titres*, et il précise qu'on doit entendre par là « *les registres et papiers émanés des pères et mères décédés...* » On ne donne pas à cette précision un sens limitatif; on prendra en considération tous titres quelconques, fussent-ils émanés des père et mère *vivants* ou de tierces personnes;

2° Les *témoignages*, et quand bien même il n'y aurait aucun commencement de preuve par écrit.

Ces solutions sont constantes en doctrine et en jurisprudence; mais il faut bien comprendre que le requérant n'est pas admis *de plano* à produire ces modes de preuve; encore faut-il qu'au préalable il prouve qu'on est bien dans l'un des cas prévus par l'article 46, largement interprété, par exemple qu'il n'a pas été tenu de registres ou que ceux-ci ont été lacérés; et cette preuve préalable pourra elle-même être administrée à l'aide des procédés admis par le texte. L'opération probatoire est donc à double détente; le requérant doit établir :

1° Que l'on se trouve dans le domaine de l'article 46;
2° Que l'événement dont il prétend établir l'existence — naissance, décès — s'est véritablement produit. Et, à ces

deux stades de la preuve, il sera admis à utiliser les procédés consacrés exceptionnellement par l'article 46.

S'il réussit dans cette double épreuve, le tribunal rendra un jugement proclamant l'existence de l'événement qui avait été mis en question.

295. III. Autorité des jugements intervenus par application de l'article 46. — Tandis que les actes de l'état civil possèdent une valeur probante absolue, l'autorité des décisions intervenues par application de l'article 46 est limitée aux parties ayant figuré dans l'instance et à leurs héritiers et ayants cause à titre universel. Ainsi l'exige le principe de la *relativité de la chose jugée* (art. 1351), lequel est valable pour les jugements déclaratifs bien plus encore que pour ceux qui créent une situation nouvelle. Ce qui prouve bien qu'il en est ainsi, c'est que, nulle part, le Code civil n'a prévu la transcription, sur les registres de l'état civil, des jugements rendus par l'application de l'article 46; il est vrai que, dans la pratique, les tribunaux ordonnent cette transcription et qu'ils vont même jusqu'à prescrire la formalité de la mention en marge, dans les cas où elle est matériellement possible; mais il ne saurait dépendre d'une telle pratique de faire échec, obliquement, au principe de la relativité de la chose jugée. La question ne présente d'ailleurs pas tout l'intérêt qu'on pourrait être tenté de lui attribuer : si la même question était soulevée à nouveau dans le prétoire par un nouveau plaideur, il est infiniment probable qu'elle recevrait la même solution que la première fois, et il y a là une perspective de nature, en décourageant toute tentative de ce genre, à conférer au jugement, en fait, sinon en droit, une autorité générale et absolue.

§ II. — SYSTÈMES DE PREUVE SUBSIDIAIRES, ÉGALEMENT PERMANENTS, MAIS SPÉCIAUX AUX DÉCÈS

296. Nécessité d'un régime spécial. — Aux termes de l'article 77, aucune inhumation ne doit avoir lieu, et, par conséquent, aucun acte de décès ne doit être dressé par l'officier de l'état civil, sans qu'il se soit assuré de l'événement en se transportant auprès du cadavre (en fait, cette formalité est remplacée par un certificat médical, remis au maire). Cette exigence entraîne comme conséquence l'impossibilité de rédiger un acte de décès du moment que le corps du défunt n'a pu être retrouvé; le décès est certain,

parfois, mais le cadavre ne saurait être représenté; la mine ou la mer ont gardé leurs secrets; situation paradoxale, puisque le disparu est un *mort vivant*, mort en réalité, vivant aux yeux de la loi; ses héritiers ne pourront donc pas recueillir sa succession; sa veuve sera empêchée de se remarier; le disparu est en état d'absence, avec cette particularité que son décès ne fait en réalité aucun doute.

Régimes spéciaux. — On s'est efforcé de sortir de l'impasse par des mesures exceptionnelles et appropriées, soit pour les catastrophes survenues dans les mines, soit pour les sinistres maritimes ou aériens, soit encore pour les disparitions qui se produisent pendant la durée des hostilités.

297. 1° Catastrophes survenues dans les mines. — Un décret du 3 janvier 1813 « *contenant des dispositions de police relatives à l'exploitation des mines* », décide que l'acte de décès, dont la rédaction est impossible du moment qu'on ne peut parvenir jusqu'aux victimes, sera remplacé par un procès-verbal rédigé par le maire ou autre officier public, lequel sera transmis au procureur de la République, afin d'être annexé aux registres de l'état civil sur lesquels il sera transcrit. Désormais, et comme faisant partie intégrante de ces registres, il participera à leur force probante, il fera preuve *erga omnes*.

298. 2° Sinistres maritimes ou aériens. — Une loi du 8 juin 1893 s'est occupée des décès survenus au cours de sinistres maritimes; d'après les articles 87 à 92 C. civ., qu'elle a modifiés, les mesures à prendre varient selon que le navire lui-même est ou non perdu. Si ce sont seulement une ou plusieurs des personnes présentes à bord qui tombent à l'eau sans que leurs corps puissent être retrouvés, un *procès-verbal de disparition* est dressé par « *l'autorité investie à bord des fonctions d'officier de l'état civil* », c'est-à-dire par le commissaire du bord; dans la deuxième éventualité, le Ministre de la marine prend, à la suite d'une enquête, une décision déclarant *la présomption de perte du bâtiment* ou *de la disparition* de tout ou partie de l'équipage et des passagers. Ce procès-verbal de disparition ou cette décision ministérielle sont transmis à l'autorité judiciaire, et ce sont les tribunaux qui déclarent, s'il y a lieu, le décès des disparus; ils rendent alors *un jugement déclaratif de décès*, lequel est transcrit à sa date sur les registres de l'état civil du dernier domicile, sinon à Paris (mairie du 1er arrondissement); en outre, il est fait mention du dit jugement et

de sa transcription en marge des registres à la date du décès; enfin, « *les jugements déclaratifs de décès tiennent lieu d'actes de l'état civil et ils seront opposables aux tiers...* » (art. 92, *in fine*).

Les deux procédures de 1813 et de 1893, bien que très différentes, l'une étant *administrative*, l'autre *surtout judiciaire*, aboutissent donc à un résultat identique : les actes dressés sont intégrés dans les actes de l'état civil qui leur communiquent leur force, leur vertu probatoire.

299. — La loi du 31 mai 1924 sur la *navigation aérienne*, prévoit, dans son article 59, l'application aux *sinistres aériens*, des dispositions édictées par la loi du 8 juin 1893 pour les sinistres maritimes : la requête à fin de déclaration judiciaire d'un décès est communiquée alors par le ministère public au ministre chargé de l'aéronautique et des transports aériens, donc, actuellement, au Ministre de l'air.

299*bis*. 3° Disparitions survenues pendant la durée des hostilités. — Deux lois se réfèrent à cet ordre d'idées, l'une qui prend des mesures de circonstances et qui ne rentre donc pas exactement sous la rubrique de ce paragraphe II, l'autre qui institue un régime permanent.

a) Une loi du 25 juin 1919 décide que lorsqu'un militaire ou un marin aura, dans la période comprise entre le 2 août 1914 et la fin des hostilités de la grande guerre, cessé de paraître à son corps et au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que son décès n'aura pas été régulièrement constaté, toutes personnes intéressées et le ministère public pourront se pourvoir devant le tribunal de son domicile pour faire déclarer son absence; et de même pour la disparition de toute autre personne au cours de la même période et par suite de faits de guerre. Puis, lorsque deux années se sont écoulées depuis la constatation de la disparition, le tribunal peut rendre un *jugement déclaratif de décès* (art. 9), en indiquant la date présumée dudit décès.

Bien que la loi ne s'en explique pas, il est admis, sur la foi des travaux préparatoires, que ce jugement déclaratif, destiné à tenir lieu d'acte de l'état civil, doit être transcrit sur les registres des décès et devient ainsi opposable aux tiers, contrairement au principe de la relativité de la chose jugée (*Sic* : Circul. du Garde des Sceaux du 24 juill. 1919, *D. P.* 1920, 4, 172);

b) Une loi du 9 avril 1930 est venue instituer un régime analogue, mais alors à *titre permanent*, pour les disparitions qui se produisent, soit parmi les militaires ou les

marins, soit dans la population civile, par suite de faits de guerre, mais sur un *théâtre d'opérations extérieur*. Notamment cette loi vise expressément l'article 9 de la loi du 25 juin 1919, relatif aux jugements déclaratifs de décès, lesquels peuvent donc être rendus à cette occasion.

§ III. — MESURES ACCIDENTELLES ET TRANSITOIRES

300. — A différentes reprises, au cours de notre histoire, des événements sont survenus qui ont déterminé l'anéantissement des registres de l'état civil sur une vaste échelle, sur toute une partie du territoire. Devant un désastre de cet ordre de grandeur, les palliatifs de l'article 46 étaient inopérants; les tribunaux n'auraient pas suffi à la tâche; à une situation exceptionnelle, il faut des remèdes exceptionnels.

301. Après la Commune. — En pleine période insurrectionnelle, en 1871, l'Hôtel de Ville de Paris et le Palais de Justice furent incendiés simultanément; leurs archives se trouvèrent anéanties, en sorte que des milliers et des milliers de familles se trouvèrent dans l'impossibilité de faire la preuve de leur état civil, les deux registres sur lesquels il était consigné ayant disparu.

Une loi du 12 février 1872 prescrivit la reconstitution des registres pour Paris; afin d'aller plus vite en besogne, on substitua à l'intervention judiciaire *l'intervention administrative*; une commission spéciale fut instituée avec la mission d'examiner les preuves produites et d'ordonner la reconstitution des actes qui avaient été détruits; en cas de rejet des demandes, un recours était possible, de la part des intéressés, devant le tribunal civil. Cette commission se faisait une opinion par tous les moyens en son pouvoir : extraits des anciens registres, déclarations, documents de toute sorte, témoignages; ses pouvoirs ont pris fin en 1896 (L. 5 juin 1893), sans que sa tâche eût été complètement achevée.

Il est évident que les actes reconstitués ont une valeur probante absolue, égale à celle des anciens registres auxquels ils se sont substitués.

302. Guerre de 1914-1918. — L'invasion de dix de nos départements les plus peuplés, la destruction systématique des bâtiments par l'ennemi, eurent pour conséquence l'anéantissement de nombreux registres de l'état civil : de nouveau, une œuvre de reconstitution s'imposait, motivée,

cette fois, non par la guerre civile, mais par l'invasion étrangère. Pour parer au plus pressé, une loi du 20 juin 1920 a décidé que, jusqu'à la reconstitution définitive, il pourrait être suppléé aux registres par des *actes de notoriété* dressés sans frais par le *juge de paix* du domicile ou de la résidence du requérant, copie de ces actes étant transmise, dans le mois, au procureur de la République de l'arrondissement où se trouvait déposé l'original de l'acte, pour être elle-même remise au greffe du tribunal (art. 3 de la loi).

Quant à la reconstitution même de l'état civil, elle a été organisée par une loi du 15 décembre 1923, *relative à la reconstitution des actes et archives détruits dans les départements par suite des événements de guerre*; elle est l'œuvre, dans chaque arrondissement, d'une commission dont les membres sont nommés par le Garde des Sceaux et dont le président est obligatoirement un magistrat.

Chapitre IV

La capacité

Généralités

303. Définitions. — Incapacité de jouissance et incapacité d'exercice. — *Capacité* est un mot à double sens, comme *incapacité*, son contraire : tantôt on désigne par là l'aptitude ou l'inaptitude à *acquérir* et à *posséder* des droits, à en être le titulaire, et alors il s'agit d'une *capacité* ou d'une *incapacité de jouissance* (assez mal dénommée); d'autres fois, et bien plus souvent, on vise seulement l'aptitude ou l'inaptitude à *exercer* les droits dont une personne est investie, et, en ce cas, il n'est plus question que d'une *capacité* ou d'une *incapacité d'exercice*.

Exemples : un mineur n'a pas les droits politiques, lesquels lui font totalement défaut; l'incapacité dont il est frappé à ce sujet porte sur la *jouissance*, sur *l'existence* même des droits en question.

Mais ce même mineur peut être propriétaire ou créancier; il peut posséder des biens, avoir une fortune considérable; à ce point de vue et dans ce domaine, la capacité de jouissance lui appartient; seulement, ces droits dont il est investi, droits de propriété ou de créance, il ne saurait les exercer lui-même, surtout s'il est encore un enfant; il faut, de toute nécessité, que quelqu'un les exerce pour lui, en son nom. La capacité d'exercice lui fait défaut.

Bien entendu, l'incapacité de jouissance implique l'incapacité d'exercice, ou plutôt la rend inutile et inconcevable : comment une personne pourrait-elle exercer des droits qui ne lui appartiennent pas? Au contraire, nous venons d'en juger par l'exemple du mineur, l'incapacité d'exercice n'implique aucunement l'incapacité de jouissance, et l'on peut même dire qu'elle postule la capacité de jouissance : du moment que la loi défend à un individu d'exercer tels droits, c'est que ces droits lui appartiennent, sans quoi la prohibition n'aurait pas de sens pratique : il serait bien inutile d'enlever l'exercice du droit de propriété à une personne qui serait inapte à devenir propriétaire.

304. — Il résulte des explications précédentes que l'incapacité de jouissance est plus grave que l'incapacité d'exercice, puisque la première entraîne la seconde, sans réciprocité. Et surtout, l'une est irrémédiable au lieu que l'autre comporte des palliatifs, des remèdes : le mineur est incapable d'exercer les droits qui lui appartiennent, mais qu'à cela ne tienne : quelqu'un les exercera pour lui, son père ou son tuteur. L'essentiel est d'avoir, de posséder des droits; la question de leur mise en œuvre est, sinon secondaire, du moins toujours susceptible d'être résolue par un moyen ou par un autre.

Nous aurons l'occasion de constater que les incapacités de jouissance sont assez rares dans notre droit *privé* positif; on peut citer la double incapacité de disposer et de recevoir qui frappe les condamnés à des peines perpétuelles (L. 31 mai 1854, art. 3) et l'incapacité de consentir des libéralités entre vifs qui vient frapper le mineur et qui constitue d'ailleurs pour lui une mesure de protection. L'immense majorité des incapacités sont d'exercice, tout simplement; aussi, lorsqu'on parle de capacité ou d'incapacité sans préciser davantage, a-t-on en vue l'exercice et non pas la jouissance des droits : nous nous conformerons à cette terminologie traditionnelle.

305. Capacité et pouvoir. — Tout aussi importante que la précédente est la discrimination de la capacité et du pouvoir : tandis que la *capacité* est l'aptitude à exercer nos propres droits, le *pouvoir* est l'aptitude à exercer les droits d'autrui, à agir pour le compte d'autrui; c'est en ce sens qu'on dit d'un mandataire qu'il a des pouvoirs plus ou moins étendus; on s'en réfère, par cette formule, à la faculté qui lui appartient d'exercer les droits du mandant, et, par exemple, d'administrer ses biens.

306. — Cette différence d'incidence entre les deux notions explique et justifie des différences qui doivent être mises en relief dès maintenant :

1° Il arrive qu'une personne puisse exercer, en tant que représentant d'autrui, des droits qu'elle ne pourrait pas exercer pour son propre compte : une femme mariée, bien que frappée d'une incapacité générale (*inf.* n^os^ 598 et suiv.), peut parfaitement accomplir des actes valables pour le compte de ses enfants (notamment en qualité de tutrice) ou même pour celui de son mari qui lui aurait consenti une procuration à cet effet : *ses pouvoirs dépassent alors sa capacité* (Civ. 5 déc. 1933, *D. H.*, 1934, 49). A cela nulle contradiction : les actes qu'elle passe comme mandataire produisent leurs effets, non dans son propre patrimoine, mais dans celui de son enfant ou de son mari;

2° On conçoit même qu'une personne ait le pouvoir *d'exercer*, pour le compte d'autrui, des droits qu'elle serait incapable de *posséder* : *l'incapacité de jouissance* elle-même n'est point un obstacle insurmontable au *pouvoir*; elle ne constitue pas fatalement une contre-indication; un mineur émancipé, privé du droit de consentir une donation avec ses propres biens, pourrait parfaitement recevoir le mandat de passer un tel acte pour le compte d'autrui (arg. art. 1990);

3° La capacité est la règle; c'est-à-dire que toute personne a la double capacité de jouissance et d'exercice, à moins qu'un texte ne la lui ait retirée; l'article 1123 formule ce principe en matière contractuelle, et l'on s'accorde à en reconnaître l'absolue généralité : *pas d'incapacité sans texte*; *les incapacités ne se présument pas et elles sont de droit étroit, et d'interprétation stricte* : autant de directives dont la valeur n'est point discutée, du moins pour les personnes humaines, car, pour les personnes morales, il y a des difficultés et des divergences.

Le pouvoir n'est pas soumis à la même loi; on ne peut pas poser en principe que nous sommes qualifiés pour exercer des droits qui ne sont pas les nôtres, pour nous immiscer dans les affaires d'autrui; un mandat n'existe qu'en vertu d'une convention, d'un texte de loi ou d'une décision judiciaire; et, dans le doute, sa portée est limitée aux *actes d'administration* (art. 1988, § 1).

307. Classifications. — Les incapacités établies par la loi sont fort nombreuses; on les répartit en diverses catégories suivant l'angle sous lequel on les envisage.

1° Il existe des *incapacités de fait* et des *incapacités de droit*; on entend par là que certaines d'entre elles sont

nécessaires, impérieuses, s'imposent au législateur, par exemple celles qui frappent un enfant, un aliéné, tandis qu'il en est d'autres qui sont plus ou moins arbitraires et contingentes, qui représentent une création d'un droit positif déterminé : à Rome, celle qui atteignait les femmes à raison de leur sexe; de nos jours, celle qui est édictée à l'encontre des prodigues ou même celle qui est, pour la femme, la conséquence du mariage.

En bonne logique, cette distinction devrait présenter un intérêt permanent : les actes accomplis par un incapable de fait seraient à considérer comme inexistants, tandis que ceux qui émanent d'un incapable de droit ne comporteraient qu'une simple annulabilité; mais nous savons que la jurisprudence ne se conforme pas toujours à cette vue (*sup.* n° 153);

2° Une incapacité est *générale* ou *spéciale* : générale lorsqu'elle s'étend, en principe, à tous les actes juridiques (mineur, interdit, femme mariée); spéciale, lorsqu'elle n'est édictée que pour des actes ressortissant à des catégories déterminées (individu pourvu d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit);

3° Il est des incapacités plus ou moins profondes, en ce sens qu'elles impliquent ou non l'intervention d'un *représentant* de celui qu'elles atteignent. Il est, en effet, des incapables qui ont l'initiative de leurs mouvements, qui restent à la tête de leurs affaires, et à qui on impose seulement un conseil, un assistant, à fin d'autorisation et pour compléter leur capacité imparfaite (*mineur émancipé, femme mariée, prodigue* ou *faible d'esprit*); mais il en est d'autres qui ne peuvent pas paraître sur la scène juridique, qui sont représentés pour tous les actes, fussent-ils de simple administration; pour ceux-ci, l'incapacité d'exercice est complète, ou peu s'en faut (*mineur non émancipé, interdit*). La *curatelle* est le régime qui convient normalement aux incapables de la première catégorie, tandis que la *tutelle* est l'organisation qui fonctionne pour ceux de la deuxième.

Les législations ont parfois une tendance à faire prévaloir, soit l'un, soit l'autre des termes de cette distinction; c'est ainsi que le Code civil *suisse* organise la tutelle, non seulement, comme notre Code civil, pour les mineurs et pour les fous, mais aussi pour les prodigues, les faibles d'esprit ou même les ivrognes (art. 370 C. civ. suisse); le Code civil *allemand* se rattache à la même tendance, au lieu que notre Code civil français s'est attaché à maintenir l'équilibre entre les deux institutions;

4° On peut enfin cataloguer les diverses incapacités en

s'inspirant des raisons qui les ont fait édicter : les unes étant tirées de l'*âge* (mineurs de vingt et un ans) ; les autres de l'*état mental* (interdits judiciaires, faibles d'esprit), ou de la prodigalité; une autre du *mariage* (femme mariée); d'autres, enfin, de certaines *condamnations pénales* (interdits légaux notamment).

308. Plan. — C'est cette dernière classification qui nous servira de plan, mais en éliminant le dernier terme dont l'étude ressortit au droit pénal, non au droit civil; nous examinerons ainsi successivement les incapacités tenant :

1° A l'*âge*;
2° A l'*état mental*;
3° A la *prodigalité*;
4° Au *mariage*.

Après quoi, nous nous occuperons de la *capacité des personnes morales* et des incapacités dont elles sont atteintes.

A l'occasion de certaines catégories d'incapables, nous aurons à résoudre le double problème suivant :

1° Quelle est l'*étendue* et quelle est *la nature* de l'incapacité édictée par la loi;

2° *En quoi consistent les mesures* organisées par le législateur pour venir au secours de l'incapable.

D'abord le *mal*; puis le *remède*.

PREMIER GROUPE D'INCAPABLES :

INCAPACITÉS ÉDICTÉES À RAISON DE L'ÂGE

309. Plan. — Conformément à la directive que nous venons d'indiquer, nous étudierons :

1° Les *incapacités* dont une personne peut être frappée à raison de son âge;

2° Les *mesures de protection* prises par la loi pour remédier à cette incapacité.

SECTION I. — DESCRIPTION DES INCAPACITÉS DÉRIVANT DE L'ÂGE

310. Remarque essentielle. — Les incapacités que nous examinerons ici fonctionnent uniformément, sans distinction tirée du sexe ni de la situation de famille; à ce double point de vue, leur valeur est constante.

311. L'âge de la majorité. — En tout pays, il existe un âge de majorité civile, c'est-à-dire à partir duquel seulement les personnes ont le plein exercice de leurs droits civils.

Sans remonter au delà du droit révolutionnaire, nous dirons que l'âge de *vingt et un ans* a été choisi, comme âge de la majorité civile, par une loi du 20 septembre 1792 : le Code civil a adopté cette donnée, dans les articles 388 et 488; aux termes de ce dernier texte, « *la majorité est fixée à vingt et un ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile...* »; même disposition dans le Code civil *allemand* (art. 2) et dans le Code civil *italien* (art. 323); le législateur *suisse* s'en est référé à l'âge de 20 ans (art. 14 du Code civil), comme aussi le Code civil de la république de la *Chine* (art. 12), tandis que la loi *turque* adopte celui de 18 ans (Code civil de 1926).

311*bis*. — Il ne s'agit ici que de la majorité *civile*; il existe bien d'autres majorités se référant à des ordres d'idées plus ou moins spéciaux : majorité *pénale*, fixée à dix-huit ans (C. pén., art. 66); majorité *politique* pour l'*éligibilité*, retardée jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. D'ailleurs, même pour ce qui est du droit civil, la loi déroge parfois à la règle, dans un sens ou dans l'autre; c'est ainsi que l'âge exigé pour contracter mariage est abaissé à quinze ans ou à dix-huit suivant le sexe (art. 144), mais que l'adoption n'est permise qu'aux personnes âgées de quarante ans révolus (art. 344); c'est donc seulement la *majorité civile générale* qui est fixée à l'âge de vingt et un ans.

312. La période de minorité. — Lorsqu'une personne a atteint l'âge de la majorité, elle est pleinement capable, sauf des dérogations tout à fait spéciales auxquelles il vient d'être fait allusion; suivant la formule de l'article 488, le majeur est « *capable de tous les actes de la vie civile* ».

Mais quelle est la situation dans la période antérieure, celle de la *minorité*? Le mineur de *vingt et un ans* est-il frappé d'une incapacité générale, complète et profonde? Ou bien n'y a-t-il pas lieu de faire des réserves et de distinguer des nuances?

La période de minorité est loin de présenter l'homogénéité que les auteurs lui attribuent volontiers; en réalité, quatre catégories de mineurs sont à distinguer :

1° *L'enfant*, dépourvu de discernement;

2° *Le mineur parvenu à l'âge du discernement*, l'adolescent, le jeune homme;
3° *Le mineur émancipé*;
4° *Le mineur commerçant*.

Nous consacrerons un paragraphe à chacun de ces incapables, mineurs de vingt et un ans.

§ I. — INCAPACITÉ DE L'ENFANT, C'EST-À-DIRE DU MINEUR NON POURVU DE DISCERNEMENT

313. Etendue de l'incapacité. — Pendant cette période de l'enfance, l'incapacité est aussi complète et aussi profonde que possible; l'enfant ne peut émettre aucune volonté juridique et ne saurait donc accomplir aucun acte ayant une valeur juridique; notamment, il ne saurait assumer des obligations, ni en contractant, ni même en commettant des actes illicites; la *capacité délictuelle* lui fait défaut au même degré que la *capacité contractuelle*, et pour la même raison : la volonté consciente est absente; ce qui ne signifie d'ailleurs nullement que les dommages par lui causés à la victime de son acte ne seront jamais réparés; d'autres personnes pourront être responsables de ses actes : ses parents, ses instituteurs; mais lui-même sera indemne de toute obligation.

Nous rappelons d'autre part que, si l'enfant est frappé d'une incapacité totale, il ne s'agit ici que d'une incapacité d'exercice; on acquiert des droits à tout âge; la capacité de jouissance apparaît avec la naissance et lui préexiste même dans une large mesure (*sup.* n° 186).

Les droits de l'enfant sont exercés par son représentant légal : père, mère ou tuteur.

314. Durée de cette période. — Cette première période n'a pas de durée préfixe; notre Code civil français se sépare sur ce point du droit romain qui faisait cesser l'*infantia* dès l'âge de sept ans, et du Code civil *allemand* qui s'est référé à cette donnée historique (art. 104 et 106), comme aussi le Code civil de la République de *Chine* (art. 13); il ne trace aucune ligne de démarcation, laissant au juge le soin d'apprécier (même solution dans le Code civil *suisse*, art. 16 et 19). L'âge du discernement est donc susceptible de varier de sujet à sujet; le critérium est établi pour chaque espèce, de façon individuelle et empirique.

§ II. — INCAPACITÉ DU MINEUR PARVENU À L'ÂGE DE DISCERNEMENT MAIS NON ÉMANCIPÉ

315. Principe. — Le principe est le même que pour la période précédente; l'incapacité se présente encore comme *générale* et *complète*; elle concerne tous les actes et elle exclut toute idée d'assistance, ne laissant place qu'à un régime de représentation.

316. Dérogations. — Mais, si le principe est maintenu, il comporte de nombreuses et très importantes dérogations, les unes qui sont spéciales à des actes déterminés, les autres qui ont une valeur générale et qui sont donc de beaucoup les plus importantes, doctrinalement tout au moins. Nous présenterons les unes et les autres dans deux numéros distincts.

N° 1. — *Dérogations spécialisées*

317. — Ces dérogations sont de deux sortes : il est des actes que le mineur peut accomplir moyennant certaines autorisations ou assistances; il en est d'autres auxquels il peut procéder librement, sans aucune aide.

I. **Actes que le mineur peut accomplir moyennant l'autorisation ou l'assistance de certaines personnes.** — Il faut citer dans cet ordre d'idées :

1° Le *mariage*; dès l'âge de *quinze* ou de *dix-huit ans*, suivant le sexe, le mineur peut contracter mariage, pourvu qu'il obtienne l'autorisation des personnes qualifiées à cet effet : parents, ascendants, etc. (art. 144);

2° Le *contrat de mariage* : habile à contracter mariage, le mineur est par cela même habile à choisir et à adopter le régime pécuniaire applicable à son union (art. 1398);

3° L'*adoption*; si l'adopté a atteint l'âge de *seize ans*, son consentement personnel est exigé par la loi, ainsi que celui de ses parents (art. 360);

4° L'*engagement dans les armées de terre et de mer* : les jeunes gens de *moins de vingt ans* s'engagent avec le consentement de leurs père, mère ou tuteur (L. 31 mars 1928, art. 61, pour l'armée de terre; pour les engagements dans l'armée de mer, L. 13 déc. 1932, art. 6).

Le *projet gouvernemental* du 13 août 1936 admet qu'un mineur, auteur d'une *œuvre littéraire* ou *artistique*, pourrait, avec le consentement de son tuteur, passer tous contrats

relatifs à l'exercice de son droit d'auteur (*contrat d'édition*; art. 2 du projet).

318. II. Actes auxquels le mineur peut procéder librement, sans aucune aide. — Contrairement à toute attente, les actes de cette catégorie sont plus nombreux que ceux de la précédente; nous citerons les suivants :

1° Le *testament* : parvenu à l'âge de *seize ans*, le mineur peut disposer par testament, au moins d'une partie de ses biens (art. 904); ce texte lui confère, à cet égard, une capacité réduite;

2° La *reconnaissance d'un enfant naturel*; il est unanimement admis qu'un mineur ou une mineure sont capables de procéder à la reconnaissance de leur enfant naturel;

3° La mère, même mineure, d'un enfant naturel, peut intenter, contre le père prétendu, l'action en recherche de la paternité, sans avoir besoin pour cela d'une autorisation (art. 340, mod. par L. 16 nov. 1912; *inf.* n° 1223);

4° Un mineur ou une mineure est admis à poursuivre librement la main-levée de l'opposition faite à son mariage (art. 177, mod. par L. 15 mars 1933, art. 2);

5° Le mineur peut se faire remettre un *livret de caisse d'épargne* et effectuer à ladite caisse des *dépôts* de sommes d'argent; une fois parvenu à l'âge de *seize ans*, il a même la capacité de *retirer* les sommes déposées à son compte, sauf opposition de la part de son représentant légal (L. 20 juillet 1895, art. 16);

6° A compter du même âge, il peut faire, sans autorisation, des versements à la *Caisse nationale des retraites pour la vieillesse* (L. 20 juillet 1886, art. 13, § 2);

7° A partir de *vingt ans*, il peut contracter, sans autorisation, un *engagement militaire* (L. 31 mars 1928, art. 61; L. 13 déc. 1932, art. 6);

8° Ouvrier ou employé ou agriculteur, il peut adhérer à un *syndicat professionnel*, du moment qu'il a *seize ans* accomplis, mais sauf opposition des père, mère ou tuteur et sans pouvoir jamais participer à l'administration ou à la direction (L. 21 mars 1884, art. 4, modifié par L. 12 mars 1920);

9° Enfin, et ici nous sortons de la catégorie des actes spéciaux pour nous acheminer vers des dérogations d'ordre plus général, le mineur peut procéder librement aux *actes conservatoires*, lesquels tendent à maintenir son patrimoine dans son actuelle consistance, à en éviter l'appauvrissement, la diminution; à ce titre, il est qualifié pour prendre cer-

taines initiatives, par exemple en vue de l'inscription d'une hypothèque ou de l'interruption d'une prescription.

N° 2. — *Dérogations d'ordre général*

319. — Pour découvrir et préciser ces dérogations, nous distinguerons les actes illicites et les actes juridiques, envisageant ainsi successivement la capacité *délictuelle* et la capacité *contractuelle*.

I. **Délits et quasi-délits.** — Dans ce domaine, la règle de l'incapacité est à peu près complètement mise de côté : le mineur « *n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit* » (art. 1310), ce qui signifie qu'il est responsable des conséquences dommageables de ses actes illicites; si, par exemple, il blesse un passant, intentionnellement ou par imprudence, il est tenu de réparer le dommage causé. Solution traditionnelle que l'on justifie ordinairement en faisant appel à la vieille formule romaine « *malitia supplet ætatem* »; mais il est évident que l'explication est insuffisante puisqu'elle ne porte que pour les délits, non pour les quasi-délits, lesquels sont purs de tout élément intentionnel, de toute malice. En réalité, en proclamant la capacité délictuelle et quasi délictuelle du mineur doué de discernement, on a voulu assurer un recours à la victime, qui est particulièrement intéressante, qui n'avait rien à se reprocher et qui ne doit pas souffrir de cette circonstance que l'auteur du dommage est un mineur : on peut bien choisir ceux avec qui on contracte, mais non ceux par qui on est blessé, ou injurié, ou lésé dans ses intérêts matériels; l'innocente victime est plus intéressante que ne l'est l'auteur de l'acte dommageable, doué de discernement et, par conséquent, capable d'assumer la responsabilité de ses actes.

320. II. **Les contrats,** ou plus généralement, les *actes juridiques*. — Dans le domaine contractuel, nous relevons, entre l'enfant et le mineur doué de discernement, plusieurs différences qui constituent, pour le dernier, autant de dérogations au principe de l'incapacité absolue.

1° Tandis que l'acte émanant d'un enfant est, à notre avis, sans valeur juridique aucune, celui qui est passé par un mineur doué de discernement a une réalité incontestable : le premier est *inexistant*; le deuxième est simplement *nul*, et de nullité *relative*; il est *annulable*, au maximum.

2° Et même, ce n'est pas toujours qu'il est traité avec cette rigueur; comme nous le verrons en traitant de la tutelle,

il convient de distinguer, à cet égard, deux catégories d'actes juridiques, et, spécialement, de contrats, suivant qu'ils exigent ou non des formalités particulières (autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal, etc.). Or, c'est seulement pour les actes impliquant l'observation de telles formalités (pour la vente d'un immeuble, par exemple), que la nullité intervient à titre de sanction lorsqu'ils émanent d'un mineur agissant seul; l'opération est alors nulle, apparemment pour *vice de forme*, à raison de l'inobservation de la formalité prescrite; on peut dire, en ce cas, que le mineur était incapable de contracter. Mais la situation est tout autre pour les actes à l'occasion desquels la loi n'exige pas de formalités particulières (bail, actes d'administration en général); ces actes-là, le mineur, qui les a conclus seul, peut bien encore les attaquer, mais il ne réussit dans son entreprise que s'il démontre qu'il a éprouvé une *lésion*, c'est-à-dire que l'opération a été conclue à des conditions désavantageuses pour lui; on ne peut donc pas dire, au regard d'actes de ce genre, qu'il soit incapable de contracter; il est seulement, ce qui est bien différent, *incapable de se léser par ses contrats*; c'est la solution traditionnelle, qui nous vient du droit romain : *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam lœsus*; dans l'exposé des motifs du Code civil, Bigot-Préameneu paraphrasait cet adage en déclarant que le résultat de l'incapacité des mineurs « est de ne pouvoir être lésés et non de ne pouvoir contracter ».

321. Résumé. — En bref, l'incapacité du mineur doué de discernement est refoulée par les solutions suivantes, toutes incontestées :

1° Ce mineur s'engage pleinement par ses actes illicites (délits et quasi-délits);

2° Il s'engage aussi, à l'occasion, par ses contrats, mais sous le bénéfice de la double réserve suivante, dont l'importance est extrême :

a) Il ne peut pas conclure des actes pour lesquels la loi exige des formalités particulières et que son représentant qualifié (père, tuteur), n'aurait lui-même pas pu accomplir librement; la sanction est alors, invariablement, la nullité relative;

b) Même pour les actes dénués de formalité, c'est-à-dire pratiquement les actes d'administration, auxquels le représentant aurait pu procéder sans aucune autorisation ni formalité, le mineur n'a pas une capacité entière; sans doute, il est capable de contracter, mais il est incapable de se léser, si peu que ce soit, par ses contrats : la sanction est ici, non

plus la nullité, mais la *rescision pour cause de lésion*, ce qui n'est pas une question de mots : l'acte ne tombe que si le mineur prouve qu'il en a subi une lésion.

322. Conclusion. — Ainsi, malgré les tempéraments qu'elle comporte, l'incapacité du mineur reste une réalité au cours de cette deuxième période; elle présente à la fois des dangers pour des personnes qui commettraient l'imprudence de traiter avec l'incapable et qui s'exposeraient à voir l'opération tomber sous les coups de l'action en nullité ou de l'action en rescision, et une gêne pour le mineur dont l'activité se trouve comprimée par le régime protecteur auquel il est soumis; ou bien il doit se faire représenter par son tuteur ou son administrateur légal, ou bien les actes qu'il passe ont une existence précaire : ils risquent fort d'être annulables ou rescindables.

Cette situation comporte un remède qui a nom l'*émancipation*.

§ III. — L'ÉMANCIPATION ET LA CAPACITÉ DU MINEUR ÉMANCIPÉ

323. Idée générale. — Plan. — L'émancipation ouvre une période intermédiaire entre celle de l'incapacité de principe et celle de la pleine capacité; elle permet au mineur de faire une sorte de *noviciat*, de s'initier graduellement à la pratique de la vie juridique et des affaires.

Ainsi comprise, cette institution ne se retrouve pas dans toutes les législations : en *Allemagne*, lorsqu'un mineur a une maturité d'esprit suffisante, on ne l'émancipe pas, on le *déclare majeur*, par anticipation; par la *déclaration de majorité*, il acquiert la situation juridique d'un majeur. Le Code civil *suisse* admet bien l'émancipation, mais, dans son système, l'émancipé est assimilé, pour l'exercice des droits civils, à un majeur, si bien que le régime suisse se rapproche bien plus étroitement du régime allemand que de la conception française.

Nous rechercherons :

1° *Comment* se produit l'émancipation;

2° Quels *effets* en résultent;

3° Comment et dans quels cas elle peut être *révoquée*.

N° 1. — *Comment se produit l'émancipation*

324. Emancipation tacite et émancipation expresse. — Notre Code civil institue deux sortes d'émancipation :

l'une qui résulte du mariage, de plein droit, et qui est donc *tacite*; l'autre qui implique un acte de volonté, une déclaration, et qui est donc *expresse*.

L'émancipation *tacite* — qui a une signification pratique pour les jeunes filles plutôt que pour les jeunes gens, puisque ces derniers se marient rarement avant leur majorité — est particulièrement nécessaire et solide : elle est attachée, de droit, implicitement, à tout mariage d'un mineur ou d'une mineure (art. 476) même contracté avec une dispense d'âge, et alors même que, l'époux ayant été d'abord émancipé expressément, le bénéfice de cette mesure lui aurait été ensuite retiré; et elle est *définitive*, en ce double sens qu'elle n'est pas susceptible de révocation (*inf.* n° 336) et qu'elle subsiste en dépit de la dissolution du mariage survenue avant l'arrivée à la majorité. Le législateur a attribué à l'émancipation par mariage la valeur d'une institution *d'ordre public* : il faut que le mineur marié soit indépendant vis-à-vis de ses parents; qu'il ne subisse plus l'emprise de la puissance paternelle; la femme, surtout : elle doit passer sous la puissance maritale, ce qui suppose évidemment qu'elle a cessé d'être sous la puissance parentale; il faut donc, de toute nécessité, que l'époux mineur soit affranchi de l'autorité paternelle, et c'est précisément son émancipation tacite qui assurera de plein droit ce résultat.

325. — L'émancipation *expresse* se produit en dehors du mariage; elle émane, soit du *père* de l'enfant, et, à son défaut, de la *mère*; elle peut alors intervenir dès que le mineur a *quinze ans* révolus; soit, si les parents ne sont plus là pour manifester leur volonté, du *conseil de famille* (mais non pas du tuteur), et, en ce cas, elle n'est possible qu'autant que l'intéressé a atteint l'âge de *dix-huit ans* (art. 477 et 478). Les deux éventualités que nous venons d'indiquer se différencient à un autre point de vue; consentie par le père ou par la mère, l'émancipation résulte d'une *déclaration* par eux faite devant le *juge de paix* assisté de son greffier (art. 477, § 2); accordée par le conseil de famille, elle résulte d'une délibération prise par cette assemblée, sous la présidence du juge de paix qui en est le président-né; dans le procès-verbal relatant cette délibération, le juge de paix déclare que le mineur est émancipé (art. 478, § 2).

Dans les deux cas, l'émancipation expresse, qui appartient à la catégorie des *actes solennels*, est mentionnée, c'est une nouvelle différence avec l'émancipation tacite, sur les registres de la justice de paix, mais non pas — et c'est une

regrettable lacune, sur les registres de l'état civil, en marge de l'acte de naissance (*sup.* n° 252).

En outre, à la différence de l'émancipation tacite, l'émancipation expresse est *révocable* (*inf.* n^{os} 336 et suiv.); de plus, si elle a été consentie contrairement aux intérêts de l'enfant, elle peut être annulée par le tribunal (*inf.* n° 339*bis*).

N° 2. — *Effets produits par l'émancipation*

326. Généralités. — L'émancipation, expresse ou tacite, produit de nombreux et importants effets qui se ramènent aux deux catégories suivantes :

1° Elle brise, à peu près complètement, l'autorité à laquelle le mineur était soumis jusque-là : puissance paternelle ou autorité tutélaire. En conséquence, le mineur émancipé peut désormais choisir librement son domicile de même que sa profession, sous le bénéfice de cette réserve que, pour faire le commerce, il doit être autorisé par son père, sinon par sa mère, à leur défaut par le conseil de famille (C. com., art. 2; *inf.*, n° 499*bis*); d'autre part, pour le mariage (art. 148) et pour l'adoption (art. 348), il demeure soumis au même statut restrictif qu'antérieurement. Mais ce n'est pas cette variété d'effets qui nous intéresse ici;

2° L'émancipation atténue l'incapacité dont le mineur était atteint; elle lui confère une capacité restreinte, une demi-capacité que nous allons préciser et qui tient dans ces deux propositions :

a) D'abord, le régime de la *représentation* cesse pour le mineur et fait place à celui de l'*assistance*, en sorte que l'émancipé figure lui-même sur la scène juridique et administre son patrimoine;

b) Puis il peut accomplir, seul et sans assistance, toute une catégorie d'actes de la vie courante, à savoir les actes dits de *pure administration*.

Nous retrouverons la première proposition lorsque nous nous préoccuperons des mesures prises par la loi pour venir au secours des incapables (*inf.* n^{os} 482 et suiv.); pour le moment, c'est sur le second point que doivent être concentrées nos explications : en quoi consiste au juste cette demi-capacité reconnue par le Code civil au mineur émancipé?

327. Capacité d'administration du mineur émancipé. — L'article 481 permet au mineur émancipé de faire, valablement, sans aucune assistance, « *tous les actes qui ne sont que de pure administration...* », et sans qu'il puisse

ensuite se plaindre d'avoir été lésé, « *sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même* ». Ce même texte donne deux exemples d'actes de ce genre : la passation de *baux* dont la durée n'excède pas *neuf années* et la réception de *revenus*. Ainsi, propriétaire d'un immeuble, le mineur émancipé peut le donner à bail jusqu'à concurrence de neuf ans; créancier, il peut toucher les revenus qui lui sont dus, par exemple les loyers de la maison qui lui appartient.

D'autre part, on trouve dans des textes voisins des exemples d'actes qui, à l'inverse, ne sont pas de stricte administration et excèdent donc la capacité du mineur émancipé, à savoir : l'exercice d'une action *immobilière* ou la défense à une action de ce genre dirigée contre lui (art. 482); la réception d'un *capital* (même texte); l'*emprunt* (art. 483); l'*aliénation d'un immeuble* (art. 484).

328. Critérium. — Si l'on compare ces différentes solutions, on constate que les actes permis au mineur émancipé sont ceux qui n'intéressent pas le capital lui-même, qui ne concernent que *sa mise en œuvre*, et qui, à ce titre, n'engagent pas profondément l'avenir, en un mot *les actes de la vie courante*.

Sans doute, le critère est encore assez vague; mais un mot contenu dans l'article 481 vient le préciser quelque peu : ce n'est pas l'administration de son patrimoine que la loi confie au mineur émancipé, mais seulement la *pure* administration; sans faire preuve d'un fétichisme littéral qui n'est plus de mise aujourd'hui, il faut bien admettre que ce qualificatif a sa valeur, surtout si on rapproche la formule étroite de l'article 481 de celle, plus large, que le législateur a employée pour la femme séparée de biens à qui il reconnaît la *libre* administration de sa fortune (art. 1449, § 1). Il y a là deux mesures différentes pour jauger la capacité d'administration, et il faut en conclure à un resserrement de celle du mineur émancipé : dans le doute, c'est dans le sens de la prohibition qu'il conviendra d'opiner.

329. Applications. — Actes de pure administration. — Par application de cette directive, il y aura lieu de considérer comme de pure administration et comme rentrant donc dans la demi-capacité du mineur émancipé, les actes suivants :

D'abord, et nous le rappelons, les *baux* dont la durée n'excède pas *neuf années*, ainsi que la perception des *revenus* (art. 481);

Puis : les *réparations d'entretien*, à l'occasion desquelles le mineur pourra passer tous marchés avec des entrepreneurs, des fournisseurs;

L'exercice des *actions mobilières* (art. 482, arg. *a contrario* : ce texte, par cela même qu'il exclut les actions immobilières, admet implicitement le mineur à intenter les mobilières) et aussi, dans l'opinion commune, celui des actions immobilières *possessoires*;

Les *baux*, lorsque le mineur joue, non plus le rôle de bailleur comme le suppose l'article 481, mais celui de *preneur* (locataire ou fermier), et alors, semble-t-il, *sans limitation de durée*;

Le *louage de services* : le mineur peut *engager* ses services comme il peut, à l'inverse, *louer* ceux d'autrui, conclure des conventions avec des domestiques, des employés;

Les *aliénations de meubles corporels*, mais seulement dans la mesure où elles peuvent être considérées comme des actes d'administration, par exemple, lorsqu'elles portent sur des récoltes, sur des choses périssables ou de médiocre importance, mais non lorsqu'elles ont pour objet des choses de grande valeur (Paris, 18 déc. 1878, *D. P.*, 1880, 1, 61); quant aux meubles incorporels et notamment aux valeurs de Bourse, l'aliénation en est régie par des dispositions spéciales que nous analyserons plus loin (L. 27 fév. 1880, modifiée par L. 9 juillet 1931, *inf.*, n^{os} 497 et 498);

Les *achats*, mais seulement dans la mesure où ils rentrent dans la catégorie des actes d'administration stricte. A notre avis, on ne saurait admettre que le mineur procédât, de sa seule autorité, à toute espèce de *placements*, mobiliers ou immobiliers, modifiant ainsi gravement et peut-être dangereusement la consistance de son patrimoine. Il y aurait lieu, logiquement, de distinguer entre le placement des *revenus*, pour lequel le mineur émancipé doit être tenu pour capable, et celui des *capitaux* pour lequel l'intervention de son curateur devrait être exigée : du moment que le mineur ne peut pas recevoir seul un capital, il est inconséquent de lui permettre d'en disposer à son gré, une fois qu'il l'a encaissé; d'ailleurs, le curateur doit surveiller l'emploi dudit capital (art. 482). Malgré ces arguments très forts, qui ont entraîné l'agrément de la plupart des auteurs, la jurisprudence permet au mineur émancipé de placer capitaux et revenus, et cela soit en valeurs, soit en immeubles (Req., 10 fév. 1890, *motifs*, *S.*, 1893, 1, 463; *D. P.*, 1891, 1, 292); cette solution n'est conforme ni à la lettre de la loi, nous venons de le montrer, ni à son esprit qui est un esprit de restriction : l'achat d'un immeuble n'est pas de *pure* administration.

330. Comparaison avec le mineur non émancipé. — On le voit, les actes permis au mineur émancipé sont fort nombreux et la jurisprudence a une tendance à en allonger la liste; il semble donc que l'opposition soit profonde entre la situation du mineur non émancipé pour lequel l'incapacité est de principe et celle du mineur émancipé auquel les actes courants sont permis.

Cependant, pour réduire cette opposition à sa valeur exacte, il faut tenir compte des deux idées suivantes :

1° Les actes permis au mineur émancipé ne sont pas véritablement interdits au mineur non émancipé doué de discernement; il s'agit là, en effet, d'actes courants, exempts de formalisme et pour lesquels il existe, à la charge de ce dernier, non pas, à vrai dire, une incapacité de contracter, mais seulement de se léser (*sup.* n° 320); la différence revient donc à ceci que de tels actes, s'ils émanent d'un mineur non émancipé, peuvent être attaqués pour cause de lésion, au lieu que cette possibilité est exclue lorsqu'ils sont passés par un mineur émancipé (art. 481); dans ce dernier cas, l'acte paraît aussi solide que s'il émanait d'un majeur; mais, dans le premier, il n'est nullement voué à une destruction certaine; il restera debout s'il n'a pas été lésionnaire pour le mineur;

2° De plus, il n'est pas exact de dire que l'acte de pure administration passé par un mineur émancipé soit aussi solide que s'il émanait d'un majeur; il échappe bien à la menace de la rescision pour cause de lésion, mais c'est pour courir un autre danger, celui de la *réduction pour cause d'excès*.

331. La réduction des engagements pour cause d'excès. — Par l'effet de la théorie à laquelle nous arrivons maintenant, la différence entre la situation du mineur non émancipé et celle du mineur émancipé, va s'estomper encore : l'acte de pure administration n'est jamais sûrement inattaquable; accompli par un mineur non émancipé, il est menacé de *rescision pour cause de lésion*; s'il émane d'un mineur émancipé, il est exposé à la *réduction pour cause d'excès* (art. 484, § 2).

Que faut-il entendre par cette dernière formule? L'*excès*, tel que l'entend l'article 484, est autre chose que la lésion. Tandis qu'un acte lésionnaire est celui qui, par le jeu des clauses qu'il renferme, désavantage l'une des parties au profit de l'autre (vente consentie à vil prix ou, à l'inverse, à prix fort), l'acte excessif, ou plutôt l'*engagement excessif* qui en découle est celui qui n'est pas en rapport avec la for-

tune et la situation sociale de celui qui l'assume, dans l'espèce, le mineur émancipé.

Un contrat peut donc être lésionnaire sans être excessif : par exemple, un bail dont le foyer n'est pas en rapport avec l'appartement ou l'immeuble loué; de même qu'à l'inverse il peut être excessif sans être lésionnaire, par exemple un bail consenti pour un loyer de vingt mille francs, alors que le locataire, qui n'est autre qu'un mineur émancipé, a une situation de fortune modeste : l'appartement loué vaut les vingt mille francs, nous le supposons, mais il est trop cher eu égard aux facultés du locataire.

La lésion est une notion d'ordre *contractuel;* elle se dégage de la seule lecture de l'acte instrumentaire; en ce sens, elle est *objective*; mais l'excès est une notion d'ordre extra-contractuel et *subjectif*, qui implique la prise en considération de la personnalité de la victime.

332. Appréciation de l'excès. — Précisément à raison de son caractère subjectif, l'excès est malaisé à découvrir et à fixer; le juge appréciera la situation en fonction de la situation pécuniaire et sociale du mineur, et aussi, ajoute la loi, en considération de l'*utilité* ou de l'*inutilité* des dépenses, et encore, de la *bonne* ou de la *mauvaise foi* des personnes qui ont contracté avec l'incapable (art. 484, § 2) : autant de directives que le législateur indique au tribunal.

333. Autres différences entre les théories de la rescision pour cause de lésion et de la réduction pour cause d'excès. — 1° Tandis que la théorie de la lésion a une portée générale, que l'application en est faite à tous les contrats conclus par un mineur et quel que soit l'objet de son engagement, il est admis en jurisprudence que la notion de l'excès n'intervient qu'autant que le mineur émancipé a assumé une obligation de payer : acheteur ou locataire, il est protégé; vendeur ou bailleur, il ne l'est pas. Et, en effet, le Code civil parle de réduction des *engagements* (art. 485), ou des obligations qu'il aurait contractées *par voie d'achats* (art. 484, § 2; il est vrai que le texte ajoute : *ou autrement*); la théorie ne concerne donc que les actes qui ont constitué le mineur *en dépense*;

2° Au cas de lésion, la rescision est demandée, non par le mineur lui-même — il est incapable — mais par son représentant, au lieu que c'est le mineur émancipé qui est qualifié pour exciper du caractère excessif des engagements assumés, et cela à l'exclusion de son curateur qui, nous le

verrons, ne saurait prendre d'initiative et n'intervient que pour fournir son assistance.

334. — 3° La lésion, lorsqu'elle est prise en considération, entraîne l'anéantissement de l'acte lésionnaire qui succombe sous l'action en rescision de la même manière qu'un acte nul est anéanti par le jugement qui en prononce la nullité.

L'excès comporte, semble-t-il, une sanction plus bénigne, à savoir la *réduction* de l'engagement excessif que l'on ramène à des limites raisonnables (art. 484). Et voilà qui paraît d'abord très simple, mais qui, à la réflexion, ne va pas sans difficulté, non pas, sans doute, dans le cas où le mineur s'est engagé unilatéralement (souscription, emprunt), mais lorsque l'opération intervenue est de nature synallagmatique, lorsqu'elle fait naître des obligations de part et d'autre, comme une vente, par exemple, ou un bail. Le mineur a acheté une automobile pour la somme de trente mille francs; il a loué un appartement somptueux, dont le loyer est fixé à vingt mille : comment, en telle occurrence, appliquer la sanction de la réduction? Va-t-on décider que ledit mineur conservera la voiture en acquittant un prix réduit de dix mille ou cinq mille francs? Ou qu'il occupera l'appartement en acquittant un loyer annuel de cinq mille, ou de mille francs? Ce serait d'autant plus scandaleux que, par hypothèse, l'acte n'est pas lésionnaire et qu'on ne saurait réduire l'engagement de l'une des parties sans réduire du même coup et en bonne justice, l'engagement de l'autre, ce qui, dans les espèces supposées, est matériellement impossible.

La jurisprudence résout le problème ingénieusement en poussant la réduction jusqu'à l'extrême limite, jusqu'à égaler l'engagement à zéro, c'est-à-dire, pratiquement, en faisant table rase de l'opération intervenue; solution dont certains auteurs lui font grief, mais qui était inévitable; il fallait, ou bien déclarer l'acte inattaquable, mais alors l'article 484 eût été également méconnu, et le mineur fût resté sans protection, ou bien le supprimer entièrement; la contexture de l'opération ne laissait pas place à une solution intermédiaire.

Cette jurisprudence offre d'ailleurs cet avantage d'atténuer les inconvénients d'une autre jurisprudence, celle qui reconnaît au mineur émancipé la capacité de faire des placements de capitaux, même en immeubles (*sup.* n° 329); tout au moins ces placements seront-ils sujets à réduction s'ils sont excessifs, et comme la réduction peut être intégrale, c'est

alors tout le placement qui est susceptible de disparaître, encore qu'il eût été fait par une personne capable, en principe, d'y procéder. (Req. arrêt précité du 10 fév. 1890.)

335. — 4° Enfin, l'excès peut entraîner une conséquence d'une gravité particulière, et qui est totalement étrangère, par la force même des choses, à la théorie de la lésion : le mineur émancipé, dont les engagements ont été réduits, peut se voir retirer le bénéfice de l'émancipation.

Nous arrivons ainsi, suivant le plan annoncé, à envisager la *révocation* de l'émancipation.

N° 3. — *Révocation de l'émancipation*

336. I. **Dans quels cas, à quelles conditions l'émancipation peut être révoquée.**

1° Il doit s'agir d'une émancipation *expresse*; celle qui résulte tacitement du mariage est irrévocable autant que nécessaire : solution constante;

2° Il faut que le mineur ait fait des dépenses excessives; son *inconduite* ne serait pas une cause de révocation; l'opinion contraire, qui a été soutenue, n'est admise ni en doctrine, ni en jurisprudence; elle va à l'encontre des termes de la loi qui envisage uniquement le cas où les engagements du mineur auraient été *réduits pour cause d'excès*;

3° En effet, cette troisième condition, qui implique la précédente, est formulée dans l'article 485.

337. — Si on la combine avec le principe que, seul, le mineur émancipé est qualifié pour demander la réduction des engagements par lui assumés, et qui n'a été organisée que dans son intérêt, on aboutit à ce résultat inattendu qu'il est le maître de la situation et qu'il dépend de lui d'éviter la révocation en s'abstenant de poursuivre la réduction de ses engagements. Cependant, nous admettrions volontiers la possibilité d'une révocation, lorsque le juge n'a refusé au mineur la réduction qu'en considération de la bonne foi de ceux qui avaient traité avec lui (art. 484, § 2); les raisons de décider sont alors aussi fortes que dans le cas où la réduction aurait été effectivement prononcée.

338. II. **Formes de la révocation.** — L'émancipation est retirée au mineur, non pas, comme le dit inexactement l'article 485, *suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer*, mais bien en se conformant à celles qui seraient de rigueur s'il s'agissait, au jour de la

révocation, de l'émanciper. En effet, la situation a pu se modifier dans l'intervalle; l'enfant a pu perdre ses parents, et c'est alors le conseil de famille qui héritera de leurs prérogatives.

339. III. Effets de la révocation prononcée. — L'article 486 les formule assez malheureusement en disant que *le mineur rentrera en tutelle et y restera jusqu'à sa majorité accomplie*. D'une part, il est évident que, si l'enfant a toujours ses deux auteurs, il rentrera, non en tutelle, mais sous la puissance paternelle, exclusivement; d'autre part, il n'est pas dit qu'il ne sera pas émancipé à nouveau; sans doute, il ne peut plus l'être *expressément*, et c'est là le sens du texte que nous indiquons, mais, s'il vient à se marier étant encore mineur, nul doute qu'il ne soit alors émancipé de plein droit et tacitement, conformément à une loi inéluctable.

339*bis*. — Annulation de l'émancipation. — Il est admis en jurisprudence que l'émancipation est susceptible d'être annulée lorsqu'elle est intervenue contrairement aux intérêts du mineur, ou encore dans l'intérêt égoïste des parents : la puissance paternelle doit être exercée dans l'intérêt de l'enfant, non dans celui du titulaire, sinon elle est détournée de sa destination, elle est exercée *abusivement*, contrairement à sa finalité; elle peut donc être annulée par une décision de justice (trib. civ., Seine, 18 mars 1893, et, sur appel, Paris, 4 déc. 1894, *S.*, 1897, 2, 73, note Wahl; Comp. Bordeaux, 7 janv. 1852, *D. P.*, 1852, 2, 200; Paris, 14 nov. 1901, *D. P.*, 1902, 2, 238).

Parfois, on se contente d'une sanction moins énergique : l'émancipation sera destituée de l'un de ses effets seulement, celui-là même qui révélait et concrétisait l'abus commis (Req. 4 avril 1865, *D. P.*, 1865, 1, 387).

§ IV. — LE MINEUR COMMERÇANT

340. — Le mineur commerçant est d'abord un mineur émancipé, mais il a, en outre, été autorisé à faire le commerce, ce qui suppose qu'il a accompli sa dix-huitième année (C. com., art. 2, modifié par la L. du 28 mars 1931).

Aux termes de l'article 487, il est *réputé majeur*, mais seulement pour *les faits relatifs à son commerce*; dans la vie civile, et du moment qu'il ne se comporte pas comme commerçant, il est dans la situation d'un mineur émancipé ordinaire. C'est seulement en tant que commerçant qu'il est assimilé à un majeur, et qu'il a la capacité de procéder

seul, sans assistance, à tous les actes de sa profession, *sans pouvoir jamais demander la réduction, pour cause d'excès, des engagements qu'il assumerait en cette qualité.*

Toutefois, le principe de l'assimilation du mineur commerçant au majeur, dans le cercle des opérations commerciales, comporte une unique dérogation relative à la vente d'immeubles pour laquelle il est traité comme un mineur émancipé ordinaire, encore que cette opération soit motivée par des considérations d'ordre commercial (C. com., art. 6, § 2).

On voit par là que l'autorisation donnée à un mineur français de faire le commerce n'a pas tous les effets de la *déclaration de majorité* du droit allemand : non seulement elle n'a d'efficacité que dans le cercle des intérêts commerciaux, mais encore, même dans ce domaine restreint, elle comporte une limite tracée par l'art. 6 du Code de commerce.

Section II. — DES ORGANISMES PROTECTEURS DESTINÉS A REMÉDIER AUX INCAPACITÉS DÉRIVANT DE L'ÂGE

341. Idée générale du système français. — Les mesures prises par le législateur en vue de remédier aux incapacités dérivant de l'âge varient avec la nature et l'étendue desdites incapacités : le remède doit être approprié au mal, lui-même plus ou moins grave, plus ou moins profond. On est ainsi amené à distinguer entre les mineurs émancipés et ceux qui n'ont pas bénéficié de l'émancipation.

1° Le *mineur émancipé* est à la tête de ses affaires, il gère son patrimoine; on se contente de lui adjoindre un *curateur* qui, pour les actes d'une certaine gravité, lui prête ou lui refuse son *assistance* : c'est le régime dit de la *curatelle*, destiné à fournir un simple complément de capacité au mineur émancipé qui joue le premier rôle sur la scène juridique, qui administre, qui fait des tractations, qui signe des contrats.

342. — 2° Le *mineur non émancipé* est dans une situation différente; pour lui, même s'il est doué de discernement, l'incapacité est de principe; il n'est pas à la tête de ses affaires; il n'administre pas ses biens. Il faut donc, de toute nécessité que quelqu'un les administre à sa place; il faut instituer un *régime de représentation.*

Ce régime varie suivant les cas, non pas d'après l'âge, non pas selon que le mineur est ou non doué de discerne-

ment, mais suivant sa *situation de famille*, suivant que ses deux auteurs sont ou non l'un et l'autre vivants.

a) Si l'enfant a encore son père et sa mère, il n'y a pas lieu de créer un organisme spécial de représentation, car la *puissance paternelle* pourvoira à tous les besoins; le mineur sera représenté, dans tous les actes de la vie juridique, par celui de ses auteurs qui exerce sur lui la puissance paternelle, c'est-à-dire, presque toujours, par son père. Cette puissance comporte divers attributs (*infr.* n° 1089), parmi lesquels figure l'*administration légale* : le père est *administrateur légal* des biens de ses enfants mineurs, du moins pendant le mariage, du vivant des époux (art. 389, § 1), et c'est à ce titre qu'il gère leurs intérêts, sous le contrôle officieux de la mère et sous le contrôle assez lointain du tribunal. Le problème de la protection du mineur est ainsi résolu très simplement, grâce à l'utilisation de la puissance paternelle qui suffit à tout.

b) Si l'enfant a perdu un de ses parents, la situation est différente; on crée alors pour lui un organisme nouveau, fort complexe, qui s'appelle la *tutelle*. La direction de cet organisme peut d'ailleurs être confiée au père, si c'est lui qui a survécu; seulement il l'exerce alors, non comme détenteur de la puissance paternelle dont il est cependant toujours investi, mais comme tuteur, et, à ce titre, ses pouvoirs sont restreints assez sensiblement : il a à compter avec des rouages qui font partie de l'organisation nouvelle, *subrogé tuteur, conseil de famille*.

343. — Cette opposition entre les deux régimes de représentation, administration légale et tutelle, se justifie dans une certaine mesure : l'enfant qui a ses deux auteurs, a moins besoin de protection que celui qui a perdu l'un d'eux; d'une part, sa mère est là qui exerce un contrôle officieux; d'autre part, dans l'immense majorité des cas, ses intérêts matériels se réduisent à peu de chose; il est rare qu'un mineur possède une fortune importante du vivant même de ses parents. Au décès de l'un de ceux-ci, la situation est profondément modifiée : le contrôle officieux du conjoint décédé a pris fin et, d'un autre côté, l'enfant peut avoir une fortune considérable, recueillie dans la succession de son auteur défunt.

De là l'institution de ce régime plus protecteur de ses intérêts que représente la tutelle.

344. Droit comparé. — Cependant, le système de notre Code civil français est généralement écarté par les législa-

tions récentes qui ont donné à la tutelle un domaine plus resserré en en réservant l'application au cas où l'enfant a perdu ses deux auteurs. Jusque-là, dans cette conception moderne qui est celle du droit *allemand* (C. civ. allemand, art. 1684 et 1773), actuellement encore en vigueur, sur ce point, dans les départements recouvrés (L. 1er juin 1924, art. 19 cbn. art. 14 de la même loi, mod. par l'art. 1er de la loi du 23 déc. 1934), du droit *suisse* (C. civ. suisse, art. 368), et aussi du droit *italien* (C. civ. italien, art. 220 et 241), c'est la puissance paternelle qui est utilisée aux fins de représentation du mineur, non seulement du vivant des deux parents, mais aussi pendant la vie de l'un d'eux.

Cette conception a l'avantage de la clarté et de la simplicité; avec elle, l'enfant se trouve soumis, ou bien à la puissance paternelle, ou bien à l'autorité tutélaire, mais jamais aux deux simultanément, tandis qu'avec notre système français, et lorsque l'un des auteurs seulement est décédé, la puissance paternelle du survivant coexiste avec la tutelle; de là des complications dont on se rendra compte par la suite (*infr.* nos 402 et suiv.) et que la conception dominante a le mérite de conjurer.

345. Plan. — Nous étudierons d'abord les régimes applicables aux mineurs non émancipés, les régimes de représentation, soit la *tutelle* et *l'administration légale*; après quoi nous décrirons le régime institué pour le mineur émancipé, régime de simple assistance qui a nom la *curatelle*; enfin, nous nous occuperons, en troisième lieu, de la situation faite aux *enfants naturels*.

Première Division :

Mineurs non émancipés

Tutelle et administration légale

346. — Logiquement, c'est par l'étude de l'administration légale qu'il conviendrait de commencer, car c'est là le régime de droit commun auquel sont soumis les mineurs non émancipés, lesquels, en général, ont encore leurs parents : la tutelle n'est qu'un *régime d'exception*.

Cependant, c'est l'ordre inverse que nous suivrons; comme nous le verrons, la tutelle a, dans le système du Code civil, la valeur d'une *organisation de base*; l'administration légale, dont le législateur de 1804 ne s'était pour ainsi dire

pas occupé, a été réglementée par la loi du 6 avril 1910 par référence aux dispositions relatives à la tutelle, et comme en fonction de ces dispositions. Il est donc naturel de commencer par celui des deux régimes qui a, vis-à-vis de l'autre, la valeur d'un *régime-type*.

§ I. — LA TUTELLE

347. Sources. — C. civ., livre I, titre X, chap. II, art. 389 à 475; loi du 27 février 1880, *relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur*, modifiée par une loi du 9 juillet 1931; loi du 20 mars 1917 modifiant certains articles du Code civil relatifs à la tutelle des femmes et à leur admission dans les conseils de famille.

Alsace et Lorraine. — Le *droit local* a été maintenu en matière de tutelle (L. 1er juin 1924, art. 15 et 20), du moins pour ce qui concerne « *les causes d'ouverture, l'organisation et le fonctionnement de la tutelle des enfants légitimés mineurs...* » (art. 20, § 1); au contraire, *le droit français* s'applique pour les causes de dispense, d'incapacité et d'exclusion de la tutelle (art. 20, § 3).

Ce maintien de la législation locale s'explique par l'attachement des populations à des institutions qui, il faut le reconnaître, ont été l'objet, en Allemagne et de la part du Code civil allemand, d'une réglementation plus heureuse et plus efficace que celle qui nous régit en France et qui devient de plus en plus périmée.

348. Définitions. — Le mot *tutelle* est employé dans un sens plus ou moins large : parfois il désigne uniquement la *charge*, la fonction du tuteur; on dira, dans ce sens, que la tutelle du mineur a été confiée à telle personne. Ou bien on se réfère à l'institution elle-même, à l'organisme de protection tout entier, avec les divers rouages qu'il comporte : tuteur, subrogé tuteur, conseil de famille, voire même tribunal. Suivant les cas, le mot a l'une ou l'autre de ces acceptions qu'il faut avoir présentes à l'esprit.

349. Plan.

1° *Physionomie générale* de la tutelle française et *droit comparé*;

2° *Ouverture de la tutelle*;

3° *Organisation*;

4° *Fonctionnement*;
5° *Cessation* de la tutelle.

N° 1. — *Physionomie générale de la tutelle du droit français; droit comparé.*

350. Système français. — Dans notre pays, la tutelle est une institution d'ordre essentiellement *familial*; c'est la famille qui fait œuvre d'assistance auprès de l'enfant; le tuteur, le subrogé tuteur, les membres du conseil de famille sont, autant que possible, des parents, sinon des amis. L'organisation de la tutelle est d'ordre privé; les pouvoirs publics n'apparaissent qu'en deux occasions, assez rares :

1° Le conseil de famille est présidé par le *juge de paix*, invariablement;

2° Dans les circonstances les plus graves, le *tribunal de première instance* intervient pour autoriser certains actes intéressant le patrimoine du mineur : vente d'immeubles, emprunt, etc.

A cela se borne, dans la conception française, et pour ce qui est de la tutelle des enfants légitimes, l'immixtion des pouvoirs publics : notre tutelle réalise l'*assistance familiale* en vue de la protection des mineurs.

Cette conception intime de la tutelle présente assurément des avantages; mieux vaut la vigilance affectueuse et éclairée des proches que la protection officielle et impersonnelle d'autorités administratives ou judiciaires. Seulement, pour qu'une telle organisation soit efficace, il est indispensable que la famille soit solidement constituée, sans quoi la base même du système vacille et tout l'édifice s'écroule; or, comme nous le constaterons, le groupe familial tend à se relâcher; l'autorité paternelle comme la puissance maritale sont de plus en plus battues en brèche par un législateur dont l'idéal paraît être de laisser l'individu face à face avec l'Etat, sans cet intermédiaire, sans cet organe de liaison que représente la famille; et alors il arrive que la tutelle familiale ne donne plus les résultats qu'on attendait d'elle et qu'elle a donnés au cours de plusieurs siècles; la tutelle, au sens étroit du mot, n'apparaît plus comme un honneur, mais comme une lourde corvée; les parents ne se soucient plus d'entrer dans un conseil de famille; d'ailleurs, ce conseil ne se réunit pour ainsi dire jamais en cours de tutelle; une réunion hâtive, au début et pour la constitution, résume, en fait, toute l'activité de cet organisme; bien mieux, *il est des tutelles qui ne sont jamais constituées*, le

uteur n'étant même pas désigné ou ne s'acquittant aucunement de ses fonctions; si bien que l'on peut dire, sans excès le langage, que la tutelle française, institution familiale, *a ait faillite*; elle aurait grand besoin d'être modernisée; étant lonné l'évolution qui s'est produite dans la conception de la ie familiale, elle constitue un anachronisme qu'il est souaitable de voir disparaître le plus tôt possible.

351. Les systèmes modernes. — Dans les législations écentes, la tutelle est organisée sur une base autre que la amille. Sans doute, le tuteur est bien, en principe, un arent du pupille, mais les rouages qui gravitent autour de ui, dont il dépend, et qui constituent dans leur ensemble e qu'on appelle la *haute-tutelle*, ces rouages-là sont extraamiliaux; ils relèvent de l'ordre *administratif* ou *judiiaire* : c'est la conception *étatiste*, plus exactement *publique* le la tutelle, qui s'oppose à la conception familiale et privée le notre code français.

C'est ainsi qu'en *Allemagne*, la protection des mineurs elève de l'Etat qui l'assure au moyen d'un organisme judiiaire, le *Tribunal des tutelles*, lequel se compose en réalité l'un seul magistrat spécialisé en la matière, et qui a la aute main sur l'organisation et le fonctionnement de la utelle; il est, d'ailleurs, secondé dans sa tâche par un autre ouage, le *Conseil des orphelins*, qui, dans chaque commune, exerce une mission de surveillance et constitue une orte de bureau de renseignements, d'organe d'information our le juge des tutelles auquel il signale les fautes commises t les mesures à prendre dans l'intérêt du pupille. (C. civ. *llemand*, art. 1849 et suiv.). Quant au conseil de famille, il n'existe que dans des cas exceptionnels, et on ne le rencontre guère, en fait, que si le mineur a des intérêts commerciaux ou industriels d'une certaine importance. Pratiquement, la haute-tutelle est assurée par le Tribunal des tutelles et par le Conseil des orphelins, c'est-à-dire en dehors de la famille.

En *suisse*, un système analogue fonctionne, mais avec cette particularité que le Code civil fédéral, respectueux du droit local, a laissé chaque canton libre d'attribuer la haute-tutelle soit à l'autorité administrative communale, soit à l'autorité judiciaire (art. 361, aux termes duquel l'*autorité tutélaire* et l'*autorité de surveillance* sont désignés par les cantons), mais de telle façon qu'elle ait un caractère public, officiel et non pas familial.

Dans la *Russie soviétique*, le tuteur est placé sous le con-

trôle de la *section de prévoyance sociale*, ce qui revient à dire que la haute-tutelle revêt, ici encore, un caractère public. (*Code de la famille*, art. 237 et suiv.).

352. — Il est évident que, tôt ou tard, notre droit s'orientera dans la direction où se sont engagées les législations les plus récentes; le courant du droit commun comparé est trop fort pour qu'il puisse y résister. Un premier pas a d'ailleurs été fait en ce sens, dès 1907 : nous verrons qu'aux termes d'une loi du 2 juillet 1907, la haute-tutelle des *enfants naturels* a été enlevée à la famille pour être confiée à l'autorité judiciaire (*inf.* n^os^ 511 et suiv.); d'autre part, la loi du 27 juillet 1917, qui a institué les *Pupilles de la Nation*, a confié leurs intérêts à un *Office national* et à des *Offices départementaux*. Ces établissements exercent une véritable *haute-tutelle* qui, sans être étatiste, a, du moins, un caractère officiel et public.

V. la discussion d'un projet de réforme de la tutelle dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1932, pp. 49 et 95.

N° 2. — *Ouverture de la tutelle.*

353. Plan. — Il faut préciser : 1° le *lieu d'ouverture de la tutelle*; 2° le moment auquel elle s'ouvre.

I. **Lieu d'ouverture.** — La détermination en est intéressante à de multiples égards : notamment, c'est à ce lieu que le conseil de famille sera réuni et c'est d'après lui qu'il sera composé (art. 407); d'autre part, nous verrons que le siège de la tutelle est stable, en principe, du moins; son domicile est fixé une fois pour toute (*inf.* n° 390).

Or, il ressort de plusieurs textes, par exemple de l'article 406, que la tutelle s'ouvre au domicile du pupille, donc, pratiquement, au domicile paternel que l'enfant emprunte à ses parents (*sup.* n° 232).

354. II. **A quel moment s'ouvre la tutelle.** — Le *principe* est que la tutelle s'ouvre par le décès de l'un des auteurs de l'enfant (art. 390). Nous nous sommes expliqué précédemment sur les inconvénients du système français dont les législations récentes se sont écartées à ce point de vue en réservant la tutelle aux enfants qui ont perdu leurs deux auteurs (*sup.* n° 342).

355. Cas particuliers. — Il arrive qu'un enfant soit en utelle du vivant même de ses deux auteurs.

1° C'est le cas des *enfants naturels*, qui, fussent-ils recon- ius par le père et par la mère, tous deux vivants, sont tou- ours et invariablement, en état de tutelle (*inf.* n° 507);

2° C'est aussi celui des *enfants assistés*, recueillis dans un ospice (L. 27 juin 1904, art. 6; *inf.* n^{os} 516 et 517);

3° Lorsque le père a été *déchu de la puissance paternelle*, e tribunal peut, suivant les cas, ou bien décider que la nère exercera ladite puissance, et alors la tutelle ne s'ouvre as, ou bien prescrire que la tutelle s'ouvrira, soit confor- nément au droit commun, soit dans les termes de la loi du 7 juin 1904, précitée (L. 24 juillet 1889, art. 10 et 11);

4° L'*absence* des parents ou de l'un d'eux au sens tech- nique du mot, produit des conséquences que le Code civil décrit de façon incomplète, dans les articles 141 et 143;

a) Il y a simplement *présomption d'absence* :

1° Si l'un des parents disparaît, l'autre étant présent et capable, ce dernier exerce la puissance paternelle, y compris l'administration légale qui en constitue l'un des attributs; la tutelle ne s'ouvre donc pas (art. 141, qui suppose l'ab- sence du père, mais dont la disposition est certainement applicable, *mutatis mutandis*, au cas de disparition de la mère);

2° Si le père vient à disparaître, la mère étant déjà décé- dée, la tutelle était précédemment ouverte; elle va se conti- nuer, sous le bénéfice de certaines dispositions à prendre qui sont nécessitées par le fait nouveau; notamment, si le tuteur n'était autre que l'auteur disparu, force sera de le remplacer dans ses fonctions; le conseil de famille déférera la tutelle, *à titre provisoire*, soit aux ascendants, soit à une autre personne de son choix (art. 142);

Il est certain que, comme l'article 141, l'article 142 doit être étendu à l'hypothèse inverse de celle qu'il prévoit, soit à la disparition de la mère, alors que le père était déjà décédé.

b) L'absence a été *déclarée*.

Il est très généralement admis que les articles 141 et sui- vants visent uniquement la période de *présomption d'ab- sence*; du moment que l'absence a été *déclarée* par un juge- ment, les règles qu'ils formulent cessent d'être applicables; la situation est réglée *provisoirement* comme si l'absent était décédé, ce qui implique l'ouverture de la tutelle.

Il ne faut donc pas dire que l'état d'absence n'est jamais une cause d'ouverture de la tutelle : exacte pour l'absence présumée, cette formule est fausse pour l'absence déclarée.

N° 3. — *Organisation de la tutelle.*

356. — Etudier l'organisation de la tutelle, c'est décrire les différents rouages qui en composent le mécanisme.

Ils sont de nature variable :

1° Les uns *permanents*;

2° D'autres *intermittents*;

3° D'autres encore, tout à fait *accidentels ou exceptionnels*

I. Rouages permanents. Tuteur, subrogé tuteur

357. — Les rouages permanents sont représentés par le ou les *tuteurs*, et par le *subrogé tuteur*.

358. I. Le tuteur. — Il existe bien des espèces de tuteurs; ils sont à classer soit d'après l'*origine* de leurs fonctions, soit en considération du caractère *normal* ou *exceptionnel* desdites fonctions.

359. Première classification, tirée de l'origine des fonctions. — On distingue sous cet angle :

1° Les tuteurs *légaux* (ou *légitimes*), qui tiennent leurs fonctions d'un texte de loi;

2° Les tuteurs *testamentaires*, désignés par acte de dernière volonté;

3° Les tuteurs *datifs*, choisis par le conseil de famille.

La tutelle peut donc être, soit *légale*, soit *testamentaire*, soit *dative*, avec cette complication qu'il existe *deux sortes de tutelle légale*, celle des *père* et *mère* et celle des *ascendants plus éloignés*.

360. Ordre des tutelles. — A. *Tutelle légale du survivant des père et mère.* — L'un des auteurs de l'enfant décède; le survivant, que ce soit le père ou que ce soit la mère, est, de plein droit, tuteur ou tutrice de l'enfant mineur (art. 390).

Cette vocation est très énergique; elle n'est entamée ni par la séparation de corps, ni même par le divorce antérieurement survenu entre les parents, et quand bien même la garde de l'enfant aurait été enlevée, par le jugement de divorce, à celui des parents qui, aujourd'hui, survit; elle ne peut être écartée par la volonté du prémourant, lequel n'était pas qualifié pour priver son conjoint de sa vocation tutélaire. (V. le projet de la *Société d'études législatives, Bulletin*, 1933, p. 308.)

361. Différences de traitement établies entre le père survivant et la mère survivante. — De nombreuses différences sont établies, au point de vue de cette vocation tutélaire, entre le père et la mère de l'enfant.

1° Comme nous le verrons, la mère peut *décliner* la tutelle, purement et simplement, sans avoir même à motiver son refus (art. 394). Au contraire, le père ne pourrait se dérober au devoir qui lui incombe qu'à la condition de faire valoir une excuse légitime. Cette différence n'a, d'ailleurs, rien de spécial aux parents de l'enfant; elle tient au sexe.

362. — 2° La mère survivante peut voir ses pouvoirs de tutrice restreints par la volonté du père prédécédé; celui-ci ne pouvait pas lui enlever sa vocation tutélaire (Req. 16 déc. 1930, *D. H.* 1931, 34) mais il a pu la restreindre en adjoignant à la tutrice une personne qui l'assistera dans sa mission et dont elle devra prendre l'avis; cette désignation d'un *conseil de tutelle* doit intervenir soit *par acte de dernière volonté*, soit par *déclaration* faite devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaire; elle est donc soumise à un *formalisme* exceptionnel (art. 392);

3° Si la mère survivante se déclare enceinte, le conseil de famille nomme un *curateur au ventre* qui la surveillera afin d'éviter une *suppression de part* ou une *supposition de part* (art. 393).

363. — 4° Si le père survivant vient à se remarier, il conserve la tutelle de son enfant, issu du premier lit, sans aucune modification. Mais, si c'est la mère survivante qui convole en secondes noces, les choses se compliquent. On craint que le second mari soit mal disposé à l'encontre de l'enfant d'un précédent mariage, et surtout on redoute qu'en fait ce soit lui qui gère, sans responsabilité effective, les intérêts de l'enfant, la mère n'ayant que le titre et les apparences de la direction.

Aussi la loi fait-elle, à la mère tutrice qui veut se remarier, une obligation de convoquer préalablement le conseil de famille et de le mettre au courant de ses projets. Cette assemblée a alors le choix entre deux partis :

a) Elle peut d'abord, si le second mari paraît offrir des garanties suffisantes, maintenir la mère dans ses fonctions de tutrice, mais en lui associant son nouvel époux qui devient *cotuteur légitime*, et, à ce titre, responsable de la gestion; le droit est ainsi mis en concordance avec le fait; comme disaient nos anciens auteurs : *qui épouse la femme épouse la tutelle.*

b) Mais, si le second mari éveille la méfiance du conseil de famille, celui-ci peut, second terme de l'option, enlever la tutelle à la mère survivante et désigner un nouveau tuteur qui prendra la suite : il n'y a plus tutelle légale, mais tutelle dative.

364. — Il fallait prévoir le cas où la mère tutrice passerait outre et se remarierait sans avoir convoqué le conseil de famille; en ce cas, elle est, *de plein droit*, déchue de la tutelle, ce qui n'empêche d'ailleurs que sa responsabilité demeure engagée, nous verrons dans quelle mesure, et, avec elle, celle du second mari, qui lui est étroitement associé et qui devient *cotuteur de fait*.

Toutes ces solutions sont données dans les articles 395 et 396.

365. — B. *Tutelle testamentaire.* — Le survivant des auteurs de l'enfant décède à son tour; une autre tutelle va s'ouvrir qui peut être une tutelle testamentaire si le dernier mourant a eu la précaution avant de disparaître, de désigner un successeur, comme la loi lui en donne le droit, et le droit exclusif (art. 397). La désignation est soumise aux formes mêmes qui sont exigées par l'article 392, pour la nomination d'un conseil de tutelle (art. 398, *sup.* n° 361); elle peut donc trouver place même dans un acte autre qu'un testament (acte *notarié* ou acte dressé par le *juge de paix* assisté de son greffier); mais, dans quelque forme qu'elle soit intervenue, elle est *révocable à volonté*, de la part de celui qui l'a effectuée et jusqu'à son décès; à cet égard, sinon dans la forme, elle mérite le qualificatif de testamentaire.

Ce pouvoir de désignation appartient à la mère survivante comme au père survivant, mais à la double condition, pour l'une comme pour l'autre, que le survivant ait conservé jusqu'à la fin de sa vie et la *tutelle* et la *puissance paternelle* (art. 399; art. 1er, loi du 24 juillet 1889).

Le Code civil précise que le tuteur testamentaire n'est pas tenu d'accepter la tutelle, du moins en cette qualité (art. 401), et aussi, ce qui était moins évident, que, si la désignation émane de la mère remariée et maintenue dans la tutelle, son choix n'est valable qu'après confirmation par le conseil de famille (art. 400).

366. — C. *Tutelle légale des ascendants.* — Elle s'ouvre lorsque le survivant n'avait pas désigné de tuteur testamentaire et que, d'autre part, *il avait gardé la tutelle jusqu'à son*

décès; la fonction tutélaire est alors déférée, par la loi même, à un ascendant, ou, depuis la loi du 20 mars 1917, à *une ascendante*. Les règles qui président à la sélection sont alors les suivantes : d'une part, l'ascendant le plus proche est préféré au plus éloigné; d'autre part, si deux ascendants occupent le même degré, c'est, depuis 1917, le conseil de famille qui les départage *sans tenir compte de la branche à laquelle ils appartiennent* (art. 403, nouv. réd.). Enfin, pour le cas où la concurrence existe entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, c'est encore le conseil de famille qui décide (art. 404).

367. — D. *Tutelle dative.* — A défaut des trois ordres de tutelle précédents, le tuteur est nommé par le conseil de famille, qui le choisit librement; on dit alors qu'il est *datif*.

Ce genre de tutelle est plus fréquent qu'on ne serait tenté de le croire d'abord et, cela parce qu'*il n'y a pas, en principe, de dévolution d'un ordre de tutelle à l'autre*; si, par exemple, le survivant des auteurs de l'enfant cesse, avant son propre décès, d'être tuteur, il n'y a place ni pour la tutelle testamentaire (*sup.* n° 365), ni pour la tutelle légale des ascendants, et c'est la tutelle dative qui entre en jeu. Même observation pour le cas où la mère survivante déclinerait la tutelle ou pour celui où le tuteur testamentaire la refuserait.

Le conseil de famille est convoqué, à fin de nomination d'un tuteur datif, soit par le juge de paix, soit par le subrogé tuteur, ou par la mère survivante qui décline la tutelle, ou même par des parents, des intéressés (art. 394, 406, 424). Le choix du conseil de famille est libre, réserve faite des incapacités édictées par la loi.

368. Deuxième classification, tirée du caractère normal ou exceptionnel des fonctions. — En général, il n'y a qu'un seul tuteur qui gère seul tous les intérêts du mineur. Mais il en va parfois autrement; la *pluralité de tuteurs* est exceptionnelle, mais elle est possible et elle peut tenir à des causes diverses.

369. — Cette pluralité peut être toute *momentanée* et *accidentelle* : lorsque le tuteur et le subrogé tuteur sont, l'un et l'autre, empêchés de représenter les intérêts du pupille, par exemple s'il s'agit de passer un acte dans lequel le tuteur et son pupille ont des intérêts opposés, et alors que le subrogé tuteur est éloigné ou malade, on procède à la nomination d'un tuteur *ad hoc*, qui représentera le pupille uni-

quement en vue d'une affaire déterminée (art. 318, 838); la désignation de ce tuteur à mandat limité appartient au conseil de famille (C. pr. art. 968, cbn art. 882 et suiv.).

370. — Il arrive aussi que la pluralité de tuteurs ait un caractère de *permanence*, de *durée* tout au moins; cette situation complexe peut être motivée par des raisons très différentes.

1° Le pupille a des biens qui sont situés dans les *colonies*; en ce cas, outre le tuteur chargé de gérer ses intérêts en général, on en désigne un autre qui administrera les biens coloniaux et qu'on appelle *protuteur*; il est nommé, en principe, par le conseil de famille, mais il pourrait l'être aussi par testament ou par acte équivalent, en même temps que le tuteur lui-même. Il est indépendant du tuteur, et réciproquement; chacun d'eux ne répond que de sa propre gestion (art. 417);

2° Il peut arriver que le survivant des auteurs ou le conseil de famille désignent plusieurs tuteurs, testamentaires ou datifs; le procédé est correct, mais les résultats en seront rarement satisfaisants, à moins que les fonctions des différents tuteurs n'aient été cantonnées dans des domaines distincts; sans quoi, la tutelle deviendra une dyarchie, prélude d'une anarchie dans la gestion des intérêts du mineur;

3° La tutelle a été déférée à une femme mariée; dans cette éventualité, le mari, dont l'autorisation a dû être obtenue *sera nécessairement cotuteur* (art. 105, § 2). Il s'agit là d'une *cotutelle de droit*, qui s'explique comme celle dont nous allons maintenant parler.

371. — 4° La tutrice, et, par exemple, la mère survivante, tutrice légale, d'abord libre de tout engagement, s'est ensuite mariée ou remariée. Elle doit alors comme nous l'avons noté, convoquer le conseil de famille et lui faire part de ses projets; cette obligation qui, d'après le Code civil, n'incombait qu'à la mère survivante, les femmes autres que la mère et les ascendantes étant alors incapables d'être tutrice, a été étendue, depuis la consécration de la capacité des femmes en pareille matière, à toutes les tutrices (art. 395, mod. par L. 20 mars 1917).

Nous savons que le conseil de famille, réuni à cette occasion, a une option à exercer (*sup.* n° 363) : s'il décide d'enlever la tutelle à la tutrice en voie de mariage ou de remariage, alors il désigne un tuteur datif et on ne voit donc pas apparaître une pluralité de tuteurs.

Mais cette pluralité se manifeste, au contraire :

a) Soit que le conseil de famille, dûment convoqué, ait conservé la tutelle à la femme tutrice, et, par exemple, à la mère survivante qui se remarie, car il doit alors nécessairement lui donner pour cotuteur, le nouveau mari, qui assume ainsi une *cotutelle de droit* (art. 396) ;

b) Soit que la femme tutrice ait négligé de convoquer le conseil de famille, auquel cas, la tutelle lui est enlevée de plein droit; mais, en fait, elle continue provisoirement à gérer, elle demeure tutrice de fait, et le mari est associé à cette tutelle indûment conservée; il devient cotuteur, ici encore (art. 395, § 2), mais *cotuteur de fait*.

372. Cotutelle de droit et cotutelle de fait. — Elles se confondent à bien des égards, étant soumises à des règles communes; notamment elles impliquent, l'une et l'autre, à la charge des époux, une *responsabilité solidaire*, à raison de leur gestion, ce qui veut dire que chacun d'eux peut être recherché *pour le tout*, *solidum*, et non pas seulement pour moitié. Pour le cas où la tutelle a été maintenue à la femme tutrice, l'article 396, § 1 s'en explique formellement; dans l'éventualité où celle-ci a négligé de convoquer le conseil de famille, la même solution doit être admise *a fortiori* et conformément, d'ailleurs, au droit commun, bien que le mot *solidairement* ait disparu, par inadvertance sans doute, de la rédaction de 1917.

373. Différences. — 1° Les deux cotutelles se distinguent quant à leurs modes de terminaison : la cotutelle de fait comporte une fin toute naturelle, la nomination d'un autre tuteur par le conseil de famille, mais le dénouement de la cotutelle de droit comporte plus de variété; il peut se produire soit dans la personne de la tutrice, soit dans celle du mari :

De la *tutrice*, par son décès, sa destitution, et alors disparaît du même coup la cotutelle du mari, laquelle n'avait qu'un caractère accessoire et ne présenterait plus désormais de raison d'être;

Du *mari*, qui est destitué ou qui fait valoir une cause d'excuse. En ces éventualités, *la mère elle-même perd de plein droit la tutelle*; car il ne faut pas que le mari administre dans la coulisse, sans responsabilité. Cette raison n'est plus de mise si le mari décède, ou s'il est frappé de folie, entraînant son interdiction ou son internement, ou encore si le divorce ou la séparation de corps sont prononcés entre les époux; alors, l'influence du mari a disparu, la cotutelle

également, mais la femme conserve la tutelle dont elle était investie (art. 396, § 2).

374. — 2° Une autre différence, mais contestée, celle-là, a trait à l'étendue de la responsabilité du nouveau mari; s'il y a cotutelle de droit, cette responsabilité est limitée expressément, par l'article 396, § 1, à *la gestion postérieure au mariage*, mais, pour la cotutelle de fait la loi déclare, en termes moins précis, que le mari sera responsable *des suites de la tutelle indûment conservée* (art. 395, § 2). Il semble bien qu'à cette différence de langage corresponde une différence dans le dosage de la responsabilté et que le cotuteur de fait doive répondre *même de la gestion antérieure au mariage*. C'est en ce sens que décidait la jurisprudence antérieurement à la loi de 1917 (Paris, 14 mars 1905, *S.* 1906, 2, 156, *D. P.* 1907, 2, 23); il est vrai que la rédaction actuelle de l'article 395, telle qu'elle résulte de la loi du 20 mars 1917, n'est plus tout à fait celle du Code civil; il n'est plus question, comme jadis, de *toutes* les suites de la tutelle, mais seulement des suites, sans plus. Seulement, cette disparition du mot « toutes » ne semble pas avoir été préméditée par le législateur; comme celle du mot « solidairement », dans le même texte, elle doit être le résultat d'une inadvertance pure et simple, et la jurisprudence n'aura pas de raison plausible de modifier sa manière de voir, d'autant plus qu'une aggravation de la responsabilité du cotuteur de fait, par rapport à celle du cotuteur de droit, est parfaitement équitable : à la différence du deuxième, le premier fait figure d'intrus et ne doit pas être traité comme s'il avait été agréé par le conseil de famille.

375. Règles communes aux différentes catégories de tuteurs: causes d'incapacité, d'exclusion, de destitution, d'excuse de la tutelle; gratuité de la fonction de tuteur. — Tous les tuteurs, quels que soient l'origine ou le caractère de leurs fonctions, sont soumis à un statut commun, notamment en ce qui concerne les causes d'*incapacité*, d'*exclusion*, de *destitution* et d'*excuse*; tous doivent, en principe, exercer leurs fonctions sans aucune rémunération.

376. A. **Incapacités.** — Sont écartés de la tutelle, comme incapables :

1° Les *mineurs*, réserve faite du père et de la mère (art. 442, 1°) : on concevrait mal qu'un mineur fût tuteur d'un

autre mineur et qu'une inexpérience vînt au secours d'une autre inexpérience;

2° Les *interdits* (art. 442, 2°), et, d'une façon plus générale, les *aliénés*.

377. Capacité des femmes. — Anciennement, il fallait ajouter à cette liste, les *femmes*, déclarées, à raison de leur sexe, incapables d'exercer la tutelle, exception n'étant faite que pour la mère, qui pouvait être tutrice légale, et pour les ascendantes plus éloignées qui pouvaient exercer, non la tutelle légale, mais la tutelle dative.

Cette incapacité ne se justifiait plus dans une société où les femmes peuvent être témoins dans les actes de l'état civil et où elles occupent des postes de fonctionnaires; pourquoi, d'ailleurs, distinguer entre la mère et toutes autres femmes? Mieux vaut, pour un mineur, une tutrice dévouée qu'un tuteur indifférent. Un premier pas avait été fait dans la voie libérale par la loi du 2 juillet 1907 qui, modifiant l'article 442, déclara les femmes capables d'exercer la tutelle des *enfants naturels*. Il est bien probable, cependant, que la réforme n'eût pas revêtu un caractère de généralité si la guerre de 1914-1918 n'avait souligné cruellement l'insuffisance et l'injustice du système du Code civil : d'une part, les tutelles se multiplièrent à mesure que la mort faucha dans les rangs de nos soldats, et, du même coup, les tuteurs mâles devinrent plus difficiles à recruter. Il fallait bien, dans ces conditions exceptionnellement douloureuses, recourir aux bons offices des femmes, et tel fut l'objet essentiel de la loi du 20 mars 1917, loi excellente dans son principe, mais rédigée en dépit du bon sens et qui a remanié, souvent de façon malheureuse, quinze articles du Code civil.

Désormais, la capacité de la femme est entière; elle peut être tutrice testamentaire (art. 397) ou dative (art. 405) aussi bien que légale (art. 402 et 403).

Il y a lieu de noter :

1° Qu'elle ne peut accepter la tutelle dative qu'avec l'autorisation de son mari (art. 405, § 2);

2° Que le mari de la femme tutrice est nécessairement *cotuteur*, donc solidairement responsable avec elle de la gestion (même texte);

3° Que, si la tutrice vient à se marier ou à se remarier en cours de tutelle, elle doit aviser de son projet le conseil de famille qui décide du parti à prendre en pareil cas (*sup.* n° 363).

377*bis* B. et C. **Causes d'exclusion et causes de destitution.** — Ces deux catégories de causes coïncident à peu près; il y a *exclusion* lorsqu'elles sont invoquées pour écarter le tuteur avant son entrée en fonction; il y a *destitution* si elles le sont en vue de lui enlever la tutelle, en cours d'exercice.

Ces causes diffèrent généralement des causes d'incapacité en ce qu'elles sont peu honorables pour le tuteur. Ce sont :

1° La *condamnation* à une peine afflictive ou infamante (art. 443);

2° L'*inconduite* notoire (art. 444);

3° L'*incapacité de gérer* (même texte);

4 L'*infidélité* dans la gestion (*id.*);

5° L'existence d'un *procès* pendant entre le pupille, d'une part, et, d'autre part, soit le tuteur lui-même, soit son père ou sa mère, du moins si ce procès roule sur une question de réelle gravité pour le mineur, c'est-à-dire s'il intéresse son état, sa fortune ou une partie notable de ses biens (art. 442 — 3°);

6° Enfin, la *déchéance de la puissance paternelle* (L. du 24 juill. 1889, art. 8, modifié par L. du 15 nov. 1921), sans distinguer selon qu'elle est *totale* ou *partielle* (même texte).

Or, *l'abandon de famille* est susceptible d'entraîner la déchéance (L. 7 fév. 1924, art. 1er), et, du même coup, l'exclusion ou la destitution en matière de tutelle.

378. D. **Causes d'excuse.** — En principe, la tutelle est une charge obligatoire, qui ne peut être déclinée par le tuteur, réserve faite des femmes, lesquelles sont admises à déclarer, purement et simplement, qu'elles ne veulent l'accepter, sans qu'on soit en droit de leur demander leurs raisons (art. 428, § 2).

Les tuteurs mâles sont traités plus rigoureusement; ils ne peuvent se dérober qu'à la condition de faire valoir une excuse réglementaire. La liste des circonstances pouvant être invoquées à titre d'excuse, est dressée dans les articles 427 à 437, à la lecture desquels nous renvoyons, en citant, à titre d'exemples : l'*investiture de certaines hautes fonctions de l'Etat* (maréchal, amiral, conseiller d'Etat, conseiller à la Cour de cassation, préfet, etc., art. 427); le *service militaire actif* (art. 428); l'*âge* (65 ans ou 70 selon qu'il s'agit d'entrer en fonction ou de se décharger d'une tutelle dont on est déjà investi art. 433); les *infirmités graves* (art. 434); la *charge de deux autres tutelles* (art. 435); les *charges de famille* : celui qui a *cinq enfants légitimes*, est dispensé de toute tutelle autre que celle desdits enfants

(art. 436), mais la naissance d'enfants pendant la tutelle n'est pas une cause d'excuse (art. 437). Comme on peut le remarquer d'ailleurs, la loi admet plus facilement une cause d'excuse avant l'entrée en charge (*a suscipienda tutela*), qu'en cours de tutelle (*a suscepta tutela*), par exemple pour ce qui est de l'*âge* (art. 433).

Le tuteur n'est jamais obligé de faire valoir une excuse; s'il l'invoque, le conseil de famille est juge de sa requête (art. 438), sauf, au cas de rejet, pourvoi possible de sa part devant le tribunal civil et même, en appel, devant la cour d'appel (C. pr. art. 889), mais étant entendu qu'il doit gérer provisoirement pendant la durée du litige (art. 440). Lorsque l'excuse est admise, le tuteur est déchargé de la tutelle, rétroactivement, en ce sens du moins que l'administration provisoire qu'il a exercée ne vaut pas tutelle et n'a donc pas entraîné, pour ses immeubles et au profit du pupille, l'hypothèque générale de l'article 2121.

Quant aux frais du litige, l'article 441 les met bien invariablement à la charge du tuteur condamné : mais, au cas où l'excuse est admise, il décide seulement que « ceux qui auront rejeté l'excuse *pourront* être condamnés aux frais de l'instance ».

378*bis*. E. — En principe, la fonction de tuteur est *gratuite*; elle n'est qu'une variété du *mandat*, opération elle-même gratuite, par nature tout au moins et sauf convention contraire (art. 1986). La jurisprudence admet, de plus en plus volontiers, que le conseil de famille puisse fixer une somme à laquelle s'élèveront annuellement les frais de gestion du tuteur. (Req., 5 juill. 1920, *S.* 1921, 1, 52; *D. P.* 1921, 1, 157.) Mais une délibération en ce sens est indispensable; le tuteur ne pourrait pas, *proprio motu*, s'adjuger une indemnité quelconque.

379. II. **Le subrogé tuteur.** — Cet organe de surveillance se retrouve dans toute tutelle (art. 420, § 1); cependant, lorsqu'un pupille de la Nation est placé sous la tutelle d'un office départemental, « il n'est pas institué de subrogée tutelle » (L. 27 juill. 1917, art. 21) : on a considéré que l'office, organisme officiel, n'avait pas besoin d'être contrôlé et ne devait pas l'être par un particulier.

380. A. **Rôle et fonctions du subrogé tuteur.** — Le subrogé tuteur est d'abord et essentiellement un *surveillant* : ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il joue le rôle de *suppléant* du tuteur.

1° Il est le surveillant, le contrôleur du tuteur. Il a qualité pour requérir toutes mesures utiles pour la sauvegarde des intérêts du pupille; notamment — et cette énumération n'est nullement limitative — il peut, sur avis conforme du conseil de famille, exiger que le tuteur lui rende compte de sa gestion au moins une fois l'an (art. 470); il assiste à l'inventaire des biens du pupille (art. 451); il est tenu de veiller sur sa fortune mobilière (L. 27 fév. 1880, art. 7); il assiste à la vente des immeubles (art. 459); il doit convoquer le conseil de famille au cas où il tuteur négligerait, à tort, de le faire (arg. art. 7, L. 27 fév. 1880); il peut même provoquer la *destitution du tuteur* (art. 446).

381. — 2° *Exceptionnellement*, le subrogé tuteur *remplace* le tuteur dans ses fonctions. En thèse générale, il ne lui appartient pas de jouer ce rôle, alors même que le tuteur serait empêché, ou absent, ou décédé; en pareille occurrence, son devoir est de convoquer le conseil de famille en vue de prendre les dispositions nécessaires, sans qu'il lui soit permis de s'immiscer dans une administration qui ne lui a point été confiée : l'article 424 s'en explique formellement.

Ce principe fondamental n'est mis de côté que dans un cas unique, lorsqu'une *opposition d'intérêts* surgit entre le tuteur et son pupille, soit qu'il s'agisse d'un contrat à passer entre eux (un bail, par exemple), soit qu'une contestation les divise et qu'il leur faille plaider l'un contre l'autre. Dans de telles éventualités, le tuteur ne peut évidemment pas jouer les deux rôles contradictoires, représenter à la fois ss propres intérêts et ceux du mineur; il faut, de toute nécessité, qu'un autre que lui-même joue le premier de ces rôles, et il appartiendra au subrogé tuteur de prendre en main la cause du pupille. Cette fonction exceptionnelle était mentionnée dans l'article 420 ancienne rédaction; il n'y est plus fait allusion dans la teneur nouvelle, fixée par le législateur du 20 mars 1917; mais il est à peu près sûr que cette suppression a été involontaire et il faut y voir un des nombreux oublis ou lapsus figurant au passif d'une des lois les plus mal rédigées qui soient; ainsi l'a jugé la Cour de cassation (Req. 1er avril 1924, *D. P.*, 1924, 1, 121, note H. Capitant; Civ. 29 nov. 1926, *S.*, 1927, 1, 31, note Balleydier).

382. B. **Nomination du subrogé tuteur.** — La loi attache une importance extrême à ce qu'elle intervienne le plus tôt possible : si le tuteur est datif, la désignation de son surveillant doit avoir lieu au cours de la même séance du

conseil de famille (art. 422); en cas de tutelle légale ou testamentaire, le tuteur est tenu de convoquer le conseil à bref délai à fin de désignation du subrogé : jusque-là, *il lui est interdit de gérer*, alors que ses actes ne comporteraient aucun contrôle effectif; cette défense lui est impartie à peine de destitution (art. 421).

Comme on le voit, *c'est toujours le conseil de famille* qui choisit et nomme le subrogé tuteur, lequel, à la différence du tuteur, est donc *invariablement datif*.

L'article 420, ancienne rédaction, s'en expliquait formellement : et bien que les mots « *nommé par le conseil de famille* » aient disparu du premier alinéa lors de la réforme de 1917, on admet que rien n'a été changé sur ce point du fait de cette suppression qui paraît avoir été involontaire (V. la note précitée de M. CAPITANT).

Il existe cependant un cas de subrogée tutelle de droit : le curateur au ventre devient subrogé tuteur *ipso jure*, lors de la naissance de l'enfant (art. 392, § 2): encore faut-il observer qu'il avait été préalablement choisi, en tant que curateur, par le conseil de famille; l'exception est donc plus apparente que réelle.

383. — Le choix du conseil de famille peut se porter sur une personne quelconque, homme ou femme, mais sous le bénéfice des deux réserves suivantes :

1° Au cas où le tuteur est un parent du pupille, la loi veut que le subrogé tuteur ne soit pas pris dans la même ligne que lui (art. 423) : de cette façon, l'équilibre sera réalisé;

2° Les causes d'*incapacité*, d'*exclusion*, de *destitution* ou d'*excuse*, qui sont établies par la loi en ce qui concerne le tuteur, sont également valables pour le subrogé tuteur (art. 426, § 1). A ce sujet, il faut noter que la loi du 20 mars 1917, qui a ouvert la tutelle aux femmes, leur a, du même coup, assuré l'accès aux fonctions de subrogée tutrice, sous la même condition d'autorisation de la part du mari, s'il y a lieu (art. 420, § 2, nouv. réd.).

Une particularité seulement est à signaler en ce qui concerne la *destitution* : il n'appartient pas au tuteur de provoquer celle du subrogé tuteur, ni même de prendre part au vote du conseil de famille, à cette occasion : à cet égard, il n'y a donc pas réciprocité; le contrôlé ne doit pas pouvoir provoquer le changement du contrôleur (art. 426, § 2; Montpellier, 22 janv. 1931, *S.*, 1931, 2, 116).

II. Rouages intermittents. Conseil de famille; juge de paix; tribunal de première instance

384. — Le tuteur, qui représente le pouvoir exécutif de la tutelle, et le subrogé tuteur, organe de contrôle, sont, à l'occasion, secondés, voire *dominés* dans leur tâche par des autorités dont l'action ne se fait sentir que par intermittences, à des moments décisifs; ce sont: le *conseil de famille*, le *juge de paix* et le *tribunal civil*.

385. I. **Conseil de famille.** — C'est le *pouvoir délibérant* de la tutelle, et, théoriquement, le plus puissant; c'est de lui qu'émanent souvent les pouvoirs du tuteur, toujours ceux du subrogé tuteur; c'est lui qui les surveille dans leur tâche, et, au besoin, qui les relève de leurs fonctions; il constitue le *centre de gravité* de l'organisation tutélaire; il est d'origine et de tradition *françaises* : c'est dans nos pays de coutume que l'institution s'est développée; malheureusement, elle ne rend plus les mêmes services qu'autrefois; le relâchement des liens familiaux rend moins efficace que par le passé cette forme d'assistance familiale (*sup.* n° 350); l'axe de la tutelle tend à se déplacer dans un sens étatiste.

Il importe de connaître :

1° Les *attributions* du conseil;

2° Sa *composition*;

3° Son *fonctionnement*.

386. A. **Attributions du conseil de famille.** — On peut les classer en trois catégories :

1° Le conseil *organise* la tutelle, soit au début, en nommant, s'il y a lieu, le tuteur, en désignant toujours le subrogé; soit à un moment quelconque, en statuant sur les incapacités, exclusions, destitutions, excuses, en décidant aussi si la tutrice qui se marie, ou qui se remarie, doit conserver néanmoins la tutelle;

2° Il participe à l'administration des *intérêts matériels* du pupille; à l'origine, il règle le budget de la tutelle (art. 454); il peut décider que le tuteur rendra compte, au moins chaque année, de sa gestion (art. 470); il peut l'autoriser à se faire seconder par des administrateurs salariés (art. 454, § 2); enfin il intervient pour autoriser les actes d'une certaine gravité (aliénation de certains biens, acceptation d'une succession, etc.);

3° Il possède et il exerce des attributions importantes rela-

ivement à la *personne* du mineur, du moins dans le cas où celui-ci n'est plus soumis à la puissance paternelle, c'est-à-dire, pratiquement, lorsqu'il a perdu ses deux auteurs. En pareille éventualité, les prérogatives du tuteur, démuni de la puissance paternelle sont très limitées pour ce qui est de la personne de l'enfant; et, comme nous le verrons, c'est le conseil de famille qui doit intervenir à l'occasion des actes les plus graves : *arrestation et placement* (art. 468); *émancipation* (art. 478 et 479); *révocation* de *l'émancipation* (art. 485); *adoption* (art. 350, § 1); *mariage* (du moins en l'absence d'ascendants, art. 160).

Si, au contraire, le tuteur est investi de la puissance paternelle, celle-ci suffit à tout, ou à peu près; et il donne ou refuse son autorisation aux actes en question, non en tant que tuteur, mais en tant que détenteur de ladite puissance.

387. B. **Composition du conseil de famille.** — On peut être d'autant plus bref sur ce point que les règles du Code civil, nombreuses et compliquées, ne sont guère observées, ni même toujours observables dans la pratique qui se montre, à cet égard, d'une très grande tolérance.

Ce qu'il importe de comprendre, dès l'abord, c'est que le conseil de famille n'est point une assemblée permanente et de composition immuable, mais qu'il a un caractère intermittent : c'est une assemblée, réunie dans des circonstances déterminées, en vue d'un ordre du jour précis et limité : entre deux réunions, le nombre et l'identité des membres peut changer, comme entre deux assemblées d'actionnaires d'une société.

388. — Du moins, la composition du conseil n'est-elle point arbitraire; c'est au *juge de paix* du domicile de la tutelle qu'il appartient de procéder aux convocations individuelles des membres, lesquels sont déterminés à l'aide de règles compliquées.

En principe, le conseil comprend six membres, parents ou alliés, plus le juge de paix, toujours président; toutefois, certaines personnes doivent, en tout cas, en faire partie, quel que soit leur nombre : ce sont les *ascendants*, les *ascendantes veuves*, les *frères et sœurs germains* (c'est-à-dire issus du même père et de la même mère que le pupille); en sorte que le conseil peut comprendre un nombre de membres assez élevé (art. 408).

Ce n'est pas tout, car la loi veut : d'abord que, dans la mesure du possible, les deux lignes, paternelle et maternelle, soient également représentées (art. 407, § 1); puis, qu'on

ait égard au domicile des intéressés, en les prenant tant dans la commune du siège de la tutelle que « *dans la distance de deux myriamètres* » (même texte), cette dernière règle comportant d'ailleurs un tempérament nécessaire lorsqu'il y a, dans le périmètre réglementaire, disette de candidats qualifiés; on va alors les chercher plus loin, ou encore on s'adresse, sur place, à des amis des parents du mineur (art. 409); en somme, on fait pour le mieux.

389. Incapacités. — Et encore faut-il songer aux *incapacités* possibles, lesquelles sont les mêmes que pour la fonction tutélaire (art. 442); les *femmes*, exclues par le Code civil (sauf la mère et les ascendantes), ont maintenant une pleine capacité, depuis la loi du 20 mars 1917 (art. 407, § 1). Sont restés incapables les *mineurs*, les *aliénés*; et demeurent exclus, comme pour les fonctions de tuteur, ceux qui seraient engagés, ou dont le père ou la mère seraient engagés dans un procès important avec le mineur (art. 442).

Les *femmes* peuvent donc siéger dans les conseils de famille, au même titre que les hommes et il ne semble même pas, dans le silence de la loi, que l'autorisation du mari soit exigée à cet effet; car les membres d'un conseil de famille n'encourent pas, nous le verrons, une bien lourde responsabilité : ils ne s'acquittent que d'une tâche de quelques instants, et, pour eux, sans lendemain.

En revanche, l'accession des femmes aux conseils de famille a déterminé une autre mesure restrictive : le mari et la femme ne peuvent pas siéger dans le même conseil (art. 407, § 2); il faudra donc choisir entre eux; la préférence sera donnée à celui des deux dont le degré de parenté est le plus rapproché; à égalité de degré, le plus âgé l'emporte (même texte).

390. Domicile de la tutelle; son importance, sa fixité. — On a pu constater, par les explications précédentes, que le siège de la tutelle joue un rôle important dans la composition du conseil qui en est fonction, qui en dépend dans une large mesure. Or, ce siège, en principe, est fixe; il est déterminé une fois pour toutes (*sup.* n° 353). Solution prudente, grâce à laquelle le tuteur ne peut pas, en déplaçant son domicile personnel, modifier la composition du conseil; mais solution gênante, dans le cas où le tuteur, en dehors de tout calcul machiavélique, a changé de domicile en cours de tutelle, par exemple, s'il est fonctionnaire, à raison des exigences de sa carrière. Va-t-il donc falloir qu'il accom-

plisse, et que, peut-être, certains membres du conseil accomplissent un déplacement, peut-être long et onéreux, pour s'acquitter de leurs fonctions? La jurisprudence résout le problème par une sage transaction, en distinguant suivant le but de la réunion : s'agit-il de prendre une décision touchant à l'organisation même de la tutelle? Elle applique inflexiblement le principe de l'immutabilité du siège de la tutelle (Civ., 2 mars 1869, *S.*, 1869, 1, 151; *D. P.*, 1869, 1, 199); mais s'il n'est question que d'administrer, par exemple d'autoriser une vente d'immeuble, elle admet que le conseil soit convoqué et réuni au lieu du domicile actuel du mineur, c'est-à-dire du tuteur (Req., 4 mai 1846, *S.*, 1846, 1, 463, *D. P.*, 1846, 1, 129).

391. Sanctions des règles légales. — Plus sont complexes les règles légales et plus souvent il advient qu'elles ne soient pas respectées. Rigoureusement, la sanction devrait être la *nullité* de la délibération irrégulière pour *vice de forme*. Notre jurisprudence s'abstient soigneusement d'une telle rigueur, qui, le plus souvent, se retournerait contre le pupille; ce n'est pas facilement qu'elle admet la nullité d'une délibération irrégulièrement tenue, la Cour de cassation décidant que les tribunaux ont, en pareille matière, « *un pouvoir discrétionnaire d'appréciation* » (Req. 21 juill. 1925, *S.*, 1925, 1, 111); un *pouvoir souverain* (Civ., 27 fév. 1928, *S.*, 1928, 1, 212; *D. P.*, 1929, 1, 22) Et, en somme, la nullité n'est prononcée que dans les deux cas suivants :

1° Si l'irrégularité a une telle importance qu'elle enlève à la réunion son caractère véritable : le juge de paix n'y a pas participé; ou bien, le *quorum* exigé par l'article 415 n'a pas été atteint (Civ., 13 avril 1910, *S.*, 1911, 1, 257, note Gaudemet; Req., 12 janv. 1931, *S.*, 1932, 1, 336);

2° Si l'irrégularité commise a un caractère *frauduleux*; elle tendait à compromettre les intérêts du mineur, à lui nuire, et elle lui a nui effectivement; par exemple, on a voulu écarter certains parents de l'assemblée, tromper leur surveillance.

La Cour de cassation estime d'ailleurs que la question de savoir si la nullité est encourue, est une question de droit dont elle peut être appelée à connaître (V. l'arrêt précité du 13 avril 1910).

392. C. **Fonctionnement du conseil de famille.** — Le conseil de famille est convoqué par le *juge de paix*; régulièrement, il doit l'être par voie de *citation* adressée à chacun

des membres; en fait, et à moins de circonstances particulières, ceux-ci sont touchés par simple lettre; un délai minimum de *trois jours* doit s'écouler entre la convocation et la réunion (art. 411); les membres du conseil doivent comparaître, personnellement ou par l'intermédiaire d'un mandataire spécial (art. 412). La réunion est tenue au lieu et aux jour et heure fixés par le juge de paix; les défaillants encourent une amende, du moins si la convocation a été faite régulièrement, par citation (art. 413).

Les délibérations ne peuvent être prises valablement que si les trois quarts au moins des membres convoqués sont présents : tel est le *quorum exigé* (art. 415).

393. Autorité des décisions prises par le conseil de famille. — En général, elles sont exécutoires par elles-mêmes, aussitôt, à moins cependant qu'elles ne soient sujettes à *homologation* de la part du tribunal (*inf.*, n° 396) ou qu'elles ne soient l'objet d'un *recours* devant l'autorité judiciaire : un tel recours est-il toujours recevable?

Oui, certainement, si la délibération est viciée dans la *forme*, sauf au tribunal à juger si l'irrégularité commise est assez grave pour entraîner la nullité.

Mais que décider au cas où le conseil de famille, régulièrement convoqué et composé, a délibéré conformément aux exigences de la loi? Sa décision est-elle susceptible d'être déférée au *tribunal civil*, à supposer qu'elle lèse certains intérêts, et sous prétexte de *mal jugé*? Peut-elle être l'objet d'un recours quant au *fond*?

La question était embarrassante; dans le silence de la loi; elle a été tranchée fort juridiquement par la Cour de cassation qui distingue selon que la délibération devait ou non être obligatoirement *motivée* : si oui, c'est que l'appréciation du conseil n'était pas souveraine; un recours est donc ouvert contre sa décision. Ainsi le déclare, pour les délibérations portant exclusion ou destitution du tuteur, l'article 448, § 3; or, précisément, de telles décisions doivent être motivées (art. 447); dans le cas contraire, et du moment que la loi ne fait pas au conseil une obligation de motiver sa délibération, c'est que son pouvoir d'appréciation est entier : il en est ainsi de la décision par laquelle il enlève la tutelle à la tutrice qui va se marier ou se remarier (Civ., 23 juin 1902, *S.*, 1902, 1, 385; *D. P.*, 1902, 1, 347, avec les conclusions du procureur général Beaudoin); ou de celle par laquelle il nomme le tuteur datif (Civ., 5 juin 1929, *S.*, 1929, 1, 368; *D. P.*, 1931, 1, 57).

394. Procédure et nature du recours. — Elle est déterminée par le Code de procédure, dans les articles 883 et suiv.; il ne s'agit d'ailleurs nullement d'un véritable *appel*, mais d'une sorte de *voie de nullité* dirigée contre les membres du conseil de famille qui ont été d'avis de prendre la délibération contestée (C. pr. art. 883, § 2); la cause est jugée sommairement (C. pr. art. 884) et la décision rendue est elle-même susceptible d'un appel qui doit être porté devant la Cour d'appel (C. pr., art. 889).

395. II. **Juge de paix.** — Ce magistrat participe, à des intervalles généralement éloignés, mais effectivement, à la vie de l'organisme tutélaire. Non seulement il préside nécessairement, et à peine de nullité — ou d'inexistence — toutes les réunions du conseil de famille, dans lesquelles il a voix *délibérative*, voir *prépondérante* au cas de partage (art. 416), mais encore il a la mission de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de ces réunions; c'est lui qui détermine la composition du conseil, d'après les directives que lui donne la loi; lui qui convoque les membres de l'assemblée après avoir fait choix du lieu (normalement, la justice de paix), du jour et de l'heure de la réunion; lui encore qui fixe le délai de comparution (art. 406 et suiv.): enfin, il lui appartient, à l'occasion, de prendre certaines initiatives, notamment celle de provoquer une réunion du conseil de famille, soit dans le but de faire donner un tuteur au pupille (art. 406) soit à fin de destitution du tuteur en fonction (art. 446, § 1).

396. III. **Le tribunal de première instance.** — Le rôle de cette juridiction, pour être intermittent, n'en est pas moins important; il consiste notamment à examiner les *recours* dirigés contre les délibérations du conseil de famille et, surtout, à contrôler certaines décisions de cette assemblée auxquelles il accorde ou il refuse l'*homologation* exigée par la loi pour les actes les plus graves (*inf.* n^{os} 422 et suiv.).

Les demandes à fin d'homologation sont examinées par le tribunal en chambre du conseil, le ministère public entendu (art. 458), et sur rapport d'un juge désigné par le président (C. pr., art. 885); la décision du tribunal est susceptible d'appel (Paris, 21 nov. 1929, *D. H.*, 1930, 170).

397. Pouvoirs du tribunal saisi d'une demande d'homologation. — Il est de jurisprudence constante que le tribunal, saisi d'une demande de ce genre, n'a que des pouvoir limités ; il doit soit accorder l'homologation

demandée, soit la refuser, mais non pas se substituer au conseil de famille en adoptant une troisième solution. Mais, si le principe est certain, la Cour de cassation l'applique avec une grande modération; elle admet, en effet, que le tribunal peut fort bien n'accorder l'homologation que *conditionnellement* ou que *partiellement* : au lieu de permettre la vente des valeurs mobilières du pupille pour 50.000 fr., ainsi que le conseil de famille l'avait envisagé, il limitera son homologation, à un chiffre inférieur, par lui jugé suffisant; pouvant refuser l'homologation absolument, il peut aussi la refuser partiellement; qui peut le plus peut le moins. *Sic.*: Civ., 30 janv. 1924 (*D. P.*, 1924, 1, 49, note SAVATIER).

III. Rouages accidentels ou exceptionnels

398. I. Rouages accidentels. — Il arrive qu'en cours de tutelle ou même avant son ouverture, il y ait lieu de recourir à des mesures exceptionnelles pour en assurer ou pour en préparer le fonctionnement, pour faire face, par des moyens appropriés, à des situations particulières. Il faut signaler, dans cet ordre d'idées, le *curateur au ventre*, dont le rôle est de prévenir une supposition ou une suppression de part, c'est-à-dire d'enfant nouveau-né (art. 393; *sup.* n° 361), et le tuteur *ad hoc* dont la nomination, par le conseil de famille, est rendue nécessaire par un concours de circonstances spéciales : d'une part, la survenance d'une opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille, d'autre part l'empêchement du subrogé tuteur (*sup.* n° 369).

399. II. Rouages exceptionnels. — Les *orphelins de la guerre, pupilles de la Nation*, sont l'objet de mesures générales édictées par la loi du 27 juillet 1917, qui a institué notamment les *Offices départementaux* et le *Conseiller de tutelle*.

Ce dernier est une sorte d'assistant, de contrôleur supplémentaire, nommé par l'Office départemental (art. 22 et suiv. de la loi). Cette intrusion d'un tiers dans l'administration de la tutelle n'a pas obtenu les suffrages des organismes intéressés, et le *conseiller de tutelle*, théoriquement obligatoire en cas de tutelle dative exercée par un autre qu'un ascendant, est demeuré un mythe plutôt qu'une réalité; sur ce point la loi du 27 juillet 1917 a fait faillite.

Il en va autrement des *Offices départementaux des pupilles de la Nation*, qui, constitués au chef-lieu de chaque département, ont pris en charge les intérêts des orphelins, victimes de la guerre, dont le *patronage* leur a été confié (art.

22, § 1, de la loi); ils provoquent, s'il le faut, la réunion du conseil de famille (art. 22, § 4); ils assurent le placement des pupilles dans des établissements, publics ou privés; ils prennent soin de leurs intérêts matériels en leur accordant des subventions d'entretien; de leurs intérêts intellectuels et moraux, en assurant leur instruction, leur éducation; c'est par leur intermédiaire que la Nation s'acquitte de la dette contractée envers les enfants de ceux qui sont morts pour elle.

Il est à remarquer que l'Office départemental qui « veille, concurremment avec le ministère public, à l'organisation et au fonctionnement des tutelles des pupilles de la Nation » (art. 19 de la loi), peut, à défaut d'ascendants et de tuteur testamentaire, se voir attribuer, par le conseil de famille, la tutelle de l'enfant, sauf à lui à la déléguer ensuite, sous son contrôle, soit à un de ses membres, soit à toute autre personne, par lui agréée (art. 21, § 1 de la loi); cette tutelle est gouvernée par des règles spéciales; c'est ainsi que, nous l'avons précédemment noté, elle ne comporte pas de subrogé tuteur (*sup.* n° 379).

N° 4. — *Fonctionnement de la tutelle*

400. Généralités. — Dans le fonctionnement des rouages de la tutelle, c'est le tuteur qui apparaît au premier plan : si le conseil de famille constitue le centre de gravité de l'organisme tutélaire, le tuteur en est l'animateur et comme le moteur; c'est lui qui administre avec l'aide et sous le contrôle des autres rouages.

Cette situation prépondérante du tuteur, au point de vue exécutif, est indiquée dans l'article 450, § 1 : *Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils.*

Il résulte de cette formule que les pouvoirs — et les obligations — du tuteur ont un double domaine : les uns concernent la *personne du mineur*; les autres ont trait à son *patrimoine*, à la sauvegarde de ses intérêts pécuniaires.

Nous devons donc nous préoccuper :

1° Du *gouvernement de la personne* du pupille;

2° De la *gestion de son patrimoine.*

I. Gouvernement de la personne du mineur

401. Principe. — *Le tuteur prendra soin de la personne du mineur* (art. 450, § 1) : il a donc la garde de son pupille; il doit diriger son éducation, assurer son instruction, son

apprentissage, ses études, sa préparation et son orientation professionnelles. Aussi peut-il exercer le *droit de correction*, du moins avec l'autorisation du conseil de famille *unanime* (art. 468 mod. par D. L. 30 oct. 1935). L'accomplissement de ces obligations ou l'exécution de ces droits sont facilités par la *communauté du domicile*, le pupille étant invariablement domicilié, de droit, chez son tuteur (art. 108).

402. Application du principe; distinction fondamentale à établir. — Il semble, à lire l'article 450, que le tuteur ait le gouvernement de la personne au même titre et dans la même mesure que s'il était investi de la puissance paternelle; or, il en va tout différemment; à ce point de vue et dans ce domaine, l'autorité tutélaire n'est, au maximum, qu'*une réduction de la puissance paternelle*, et, pour en déterminer exactement l'intensité, il faut distinguer selon qu'elle coexiste ou non avec la puissance paternelle.

403. I. L'autorité tutélaire coexiste avec la puissance paternelle. — Le mineur a encore un de ses auteurs qui est vivant et non déchu de la puissance paternelle. En ce cas, de deux choses l'une :

1° Ou bien c'est ce survivant des parents qui a la tutelle, et alors le gouvernement de la personne de l'enfant lui appartient, non en qualité de tuteur, mais en tant que détenteur de la puissance paternelle; il y a, à la fois, dédoublement et concentration des pouvoirs paternel et tutélaire;

2° Ou bien la tutelle est exercée par un autre que le survivant, comme si, par exemple, la mère a décliné cette fonction, et alors le tuteur n'est chargé que des intérêts pécuniaires de l'enfant; le gouvernement de la personne reste au parent investi de la puissance paternelle (art. 372 et suiv.), sous le bénéfice de cette réserve que le pupille est domicilié chez son tuteur (art. 108); il y a, en ce cas, dédoublement et séparation des pouvoirs.

404. II. La puissance paternelle est éteinte. — Les deux auteurs de l'enfant sont décédés, ou bien le survivant a encouru la déchéance. Alors, et par la force des choses, le gouvernement de la personne est rattaché à la tutelle, mais il ne l'est que partiellement, sous une forme atténuée; *les pouvoirs du tuteur ne sont qu'une réduction de ceux des parents*, car ils sont refoulés, dans une large mesure, au profit du conseil de famille dont la prééminence s'affirme dans des proportions diverses, suivant les cas et d'après les mesures à prendre.

1° Il est des actes pour lesquels le tuteur est incompétent et qui ressortissent uniquement au conseil de famille, notamment l'*émancipation* (art. 478); l'*adoption* (art. 450); le *mariage* du mineur (art. 149, 150, 160);

2° Il est d'autres décisions qui sont bien du ressort du tuteur, mais qu'il ne peut prendre qu'avec l'autorisation du conseil : c'est ainsi que, lorsque son pupille lui donne, par sa conduite, « des sujets de mécontentement graves », il sera qualifié pour solliciter du président du tribunal civil le placement du mineur dans une maison d'éducation surveillée ou dans une institution charitable, mais à la condition d'y être autorisé par une décision du conseil de famille pour laquelle la loi requiert même l'*unanimité* (art. 468 mod. par *D. L.* du 30 oct. 1935) : l'exercice du *droit de correction* (v. *inf.* n° 1094) est ainsi assorti, lorsqu'il est réalisé par le tuteur, d'une garantie particulière;

3° Enfin, même pour les autres actes, auxquels le tuteur peut procéder librement, *proprio motu* et sans autorisation, le conseil a un moyen d'exercer sur lui une pression efficace; s'il estime, par exemple, que l'enfant reçoit une instruction insuffisante, une éducation qui ne cadre pas avec les traditions familiales, il est fondé à donner au tuteur des directives, des instructions précises; et, comme il fixe le *budget de la tutelle*, il est à même de peser sur la volonté du tuteur et de lui imposer ses vues; sauf au tribunal, si le conflit est à l'état aigu, de dire le dernier mot dans cette affaire.

Ainsi, même dans le cas où le tuteur a le gouvernement de la personne du mineur, ses pouvoirs sont limités par ceux du conseil de famille; les attributs relatifs à la personne du mineur sont divisés entre ces deux rouages de la tutelle, et même, dans cette division des pouvoirs, c'est le conseil qui, théoriquement du moins, a la meilleure part.

II. Administration du patrimoine du mineur

405. Forme juridique de l'administration tutélaire. — Le rôle du tuteur est d'autant plus important que l'incapacité du mineur est plus grave et plus complète; il ne se borne pas à compléter sa capacité par une autorisation ou par une assistance; il supplée à son incapacité en agissant en son nom; il fait œuvre de *représentation*; il représente le mineur dans tous les actes de la vie civile (art. 450, § 1); en quoi il diffère du tuteur romain qui, suivant les cas, se comportait lui aussi comme un représentant, un *negotiorum gestor*, ou bien comme un *auctor*; dans notre droit, c'est au premier titre seulement et sous la première forme que se

manifeste l'intervention du tuteur qui ne preste une simple autorisation que dans des cas tout à fait exceptionnels, par exemple lorsqu'il s'agit, pour le pupille, de contracter, avant l'âge de vingt ans, un engagement militaire (L. 31 mars 1928, art. 61). Le principe, à peu près absolu, est qu'il se comporte comme un *mandataire*, qu'il agit donc aux lieu et place de son pupille, lequel ne participe aucunement à l'acte intervenu cependant dans son intérêt, pour son compte, et dont les effets se réaliseront dans son patrimoine.

406. Plan. — Ce mandataire qu'est le tuteur a des *pouvoirs* plus ou moins étendus dont il importe de délimiter la portée; et, d'autre part, il a des *obligations* et il encourt, à l'occasion, une responsabilité : nous aurons à envisager le rôle du tuteur sous ce double aspect.

A. — Pouvoirs du tuteur en tant qu'administrateur du patrimoine du mineur

407. Principe général. — Dans la détermination de ces pouvoirs, le Code civil manque de méthode : il procède par voie d'énumération, par décision d'espèce. Ce procédé empirique a le grave inconvénient de comporter fatalement les lacunes; il est des actes qui ne figurent pas sur la liste officielle : que va-t-on décider en ce qui les concerne? Sous une autre forme, quel est le principe auquel il convient de se référer, dans le silence de la loi? Le pouvoir constitue-t-il, pour le tuteur, le droit commun? Ou bien n'existe-t-il que dans les cas où un texte le consacre expressément?

Sur ce point, deux tendances se sont manifestées, l'une restrictive, l'autre plus libérale : après certaines hésitations et quelques flottements, la Cour de cassation paraît s'être rangée décidément à la conception la plus large; elle déclare que : « chargé de représenter le mineur dans tous les actes de la vie civile et de gérer son patrimoine », le tuteur a, « en principe, et sauf les exceptions résultant de dispositions spéciales, le pouvoir de faire seul, sous sa responsabilité personnelle, les actes nécessaires ou utiles à cette gestion ». (Civ., 13 mars 1905, *S.*, 1910, I, 477; *D. P.*, 1906, I, 165); d'où la Chambre civile conclut que, dans le silence de la loi, il peut procéder au retrait des fonds déposés, au nom de son pupille, à la Caisse d'épargne.

408. — Cette dernière opinion nous paraît seule exacte; nous n'exciperons pas, en ce sens, de la formule de l'article

450, § 1, d'après laquelle le tuteur représente son pupille dans *tous les actes civils*, car ce texte a pour objet de déterminer la forme sous laquelle se produit l'intervention du tuteur, non de fixer les pouvoirs qui lui appartiennent; mais nous observerons :

1° Que la méthode même, qui a été employée par les rédacteurs du Code civil, autorise et légitime l'argumentation *a contrario* : dire que des formalités spéciales sont à observer pour tels et tels actes, revient à reconnaître que, pour le surplus et en thèse générale, le tuteur ne sera astreint à aucune formalité;

2° D'ailleurs, dans le silence de la loi et en l'absence d'une disposition formelle, comment préciser les conditions requises pour la validité de l'acte? Quelles formalités exigera-t-on? L'autorisation du conseil de famille seule? Ou bien, en plus, l'homologation du tribunal? Du moment qu'on abandonne la règle du pouvoir de principe, on tombe dans l'arbitraire.

409. — Nous conclurons donc que, pour le tuteur, *c'est le pouvoir qui constitue le principe*, dans le cadre de l'administration très largement entendue; et nous pouvons maintenant passer à l'examen des différents actes intéressant le patrimoine du pupille, tels qu'ils sont énoncés et réglementés par le Code civil qui exige, en ce qui les concerne, l'observation de certaines formalités.

410. — Ces formalités consistent :

1° Parfois dans *la seule autorisation du conseil*;

2° D'autres fois, dans cette autorisation *homologuée* par le tribunal;

3° Exceptionnellement, dans une *exigence supplémentaire*;

Enfin :

4° Il est des actes qui sont *absolument interdits*.

Nous examinerons ces différentes catégories, en rappelant que les dispositions qui les concernent ont une signification dérogatoire au droit commun, lequel s'identifie avec le pouvoir du tuteur.

411. I. Première catégorie : actes pour lesquels la loi exige la seule autorisation du conseil de famille. — Cette autorisation est alors à la fois *nécessaire* et *suffisante*.

Six actes au moins ressortissent à cette première catégorie :

1° *L'aliénation de meubles incorporels*, jusqu'à un certain chiffre (actuellement, 7.500 francs).

On entend par meubles incorporels ceux qui ne tombent pas sous les sens : les créances ordinaires, les valeurs mobilières (titres de bourse).

Le Code civil ne contenait aucune disposition relative à l'aliénation de ces biens; on en concluait, logiquement et en partant du principe du pouvoir, que le tuteur avait qualité pour les aliéner, seul, sans autorisation et sans limitation de chiffre. Cette licence ne cessait que pour les rentes sur l'Etat et les actions de la Banque de France. (L. 24 mars 1806 et D. 25 sept. 1813, qui limitaient étroitement les pouvoirs du tuteur.)

Ce régime ouvrait la porte à tous les abus; les inconvénients en apparurent avec le développement de la fortune mobilière, jadis tant dédaignée par les rédacteurs du Code civil; une réforme s'imposait qui fut enfin réalisée par la loi du 27 février 1880, *sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur*. D'après cette loi, le tuteur ne peut plus aliéner aucune valeur mobilière du pupille, *si minime qu'en soit l'importance*, sans se pourvoir pour le moins de l'autorisation du conseil de famille qui pourra d'ailleurs, en approuvant l'opération, l'assortir de telles réserves, de telles modalités qu'il jugera utiles, par exemple en déterminant l'emploi à faire de la somme provenant de la vente (art. 1[er] de la loi). Si les valeurs sont négociables à la Bourse, la vente doit être effectuée par le ministère d'un agent de change (art. 3).

412. Conversion. — L'article 10 de cette loi assimile à la vente la *conversion de titres nominatifs en titres au porteur*; c'est que cet acte peut avoir de très graves conséquences : tandis que les *titres nominatifs* se perdent et se volent difficilement, puisqu'ils sont rédigés au nom du titulaire, lequel nom figure en plus sur les registres de l'établissement émetteur, les *titres au porteur* se transmettent de la main à la main, comme des billets de banque; s'ils sont perdus ou volés, ce n'est pas facilement que la victime rentrera en leur possession; et surtout le tuteur pourrait facilement éluder les règles restrictives établies pour leur aliénation; il lui suffirait de garder le silence sur l'identité de leur légitime possesseur et de les présenter comme siens à l'agent de change qui n'est pas tenu de connaître la situation exacte. La conversion est donc un acte dangereux qui ouvre la porte à toutes sortes de dangers et de fraudes, qui

peut être l'avant-coureur d'une vente sans formalités, et il était rationnel de la soumettre au même régime que la vente elle-même : l'autorisation du conseil sera indispensable, au minimum et en toute occurrence.

413. — 2° *L'acceptation ou la répudiation d'une succession échue au mineur.* — Lorsqu'une succession est échue à un mineur, deux particularités ressortent de l'article 461 :

a) Cette succession ne peut pas être acceptée *purement et simplement*; il faut choisir entre deux partis : ou l'acceptation *sous bénéfice d'inventaire* ou la *répudiation*. C'est que l'acceptation pure et simple entraîne pour l'héritier l'obligation de payer le passif héréditaire *indéfiniment*, même au delà de l'actif, donc avec ses propres biens. Ce péril est écarté par le bénéfice d'inventaire : le passif héréditaire est alors soldé avec l'actif de la succession; l'héritier bénéficiaire n'en sera jamais de sa poche. On comprend que le législateur ait voulu donner cette sécurité au pupille.

b) Le tuteur ne peut prendre parti, dans un sens ou dans l'autre, qu'avec l'autorisation du conseil de famille. C'est que la décision à prendre est suffisamment grave pour motiver cette intervention : d'une part, des considérations d'ordre moral peuvent s'opposer à l'acceptation de certaines successions; d'autre part, l'héritier qui accepte, même sous bénéfice d'inventaire, doit rapporter à la succession, du moins s'il concourt avec d'autres héritiers, les dons qu'il avait reçus du défunt, en sorte que son intérêt peut être de répudier ladite succession, fût-elle opulente, afin de conserver le bénéfice des libéralités qui lui avaient été consenties.

414. — 3° *Acceptation d'une donation.* — Une donation offerte au pupille ne peut être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil (art. 463).

En effet, des raisons de convenance, de moralité peuvent faire obstacle à l'acceptation, surtout si la libéralité s'adresse à une jeune fille; de plus, il est des donations qui sont pécuniairement redoutables à raison des charges imposées par le disposant au gratifié; enfin, ce dernier s'expose éventuellement à venir au secours de son bienfaiteur tombé dans le besoin; il est tenu alors de lui fournir des aliments (art. 955).

415. Legs à titre particulier. — Ces raisons sont tellement topiques qu'on a proposé, par une interprétation extensive de l'article 463, de traiter les libéralités testamen-

taires comme les dons entre vifs et de dire que le tuteur ne peut pas accepter le *legs à titre particulier* adressé à son pupille sans en avoir reçu l'autorisation de la part du conseil de famille.

Cette extension doit être repoussée, au moins si le legs ne comporte pas de charges : 1° parce que le pouvoir constitue, pour le tuteur, le principe : ce qui ne lui est pas défendu lui est permis; 2° parce que le legs ne présente pas, pour le mineur, les mêmes dangers que la donation entre vifs : il est moins compromettant d'être gratifié par un mort que par un vivant : et puis, il n'y a plus place pour la perspective d'une dette alimentaire, le bienfaiteur ayant disparu le jour où sa libéralité devient effective. Reste, il est vrai, le danger inhérent aux charges dont le legs peut être accompagné, et l'on admet, en effet, généralement qu'en pareil cas, mais en pareil cas seulement, l'acceptation ne peut intervenir que sur autorisation du conseil de famille; le legs particulier sans charge sera accepté par le tuteur sans autre forme de procès.

416. Portée pratique restreinte de l'article 463. — L'article 463, même ainsi limité aux donations entre vifs et aux legs à titre particulier accompagnés de charges, n'a pas la portée pratique qu'on pourrait lui attribuer; il n'est pas applicable à tous les tuteurs, ou plus exactement, il ne l'est aux tuteurs qu'*en cette qualité*. Il faut savoir, en effet, que les ascendants du mineur sont qualifiés pour accepter la donation ou le legs (Civ., 27 juin 1923, *D. P.*, 1923, I, 119) qui lui sont adressés, — *tous les ascendants* et sans hiérarchie aucune, et sans que le conseil de famille ait à dire son mot en l'occurrence (art. 935, § 3; Montpellier, 14 mars 1934, *D. H.* 1934, 324). Il ressort de là que, si la tutelle appartient à un ascendant, celui-ci n'a que faire de l'autorisation du conseil; il déclarera, en effet, accepter la donation, non en vertu de l'article 463, mais par application de l'article 935; non comme tuteur, mais en tant qu'ascendant. L'article 463 ne vaut donc, pratiquement, que pour le tuteur qui n'est pas en même temps un ascendant du mineur.

417. — 4° *Exercice d'une action immobilière ou acquiescement à une action immobilière dirigée contre le mineur.*

Une action n'est autre qu'un droit déduit en justice : le tuteur peut-il faire valoir, devant les tribunaux, les droits du mineur, soit en prenant l'offensive (*demande*), soit en répondant à une attaque (*défense*) ?

L'article 464 exige l'autorisation du conseil tant pour introduire une action *immobilière* que pour acquiescer à une demande de ce genre, c'est-à-dire pour *capituler*. Et c'est tout.

En partant de cette idée que le pouvoir constitue, pour le tuteur, le principe, nous aboutissons aux conclusions suivantes :

1° L'autorisation n'est pas requise s'il s'agit seulement de répondre, de défendre à une action immobilière; l'argument *a contrario* est d'autant plus décisif qu'il ne dépend pas du tuteur, ni du conseil de famille, d'échapper à l'initiative de l'adversaire, à moins de renoncer aux droits que l'on possède, d'acquiescer à la demande; mais alors l'autorisation est exigée; (v. en ce qui concerne *l'expropriation pour cause d'utilité publique*, le décret-loi du 8 août 1935, art. 28; le tuteur a qualité pour présenter une demande d'indemnité);

2° Même solution pour l'*exercice* des actions *mobilières*; ici encore, l'argument *a contrario* est bon parce qu'il nous ramène au droit commun, au dédain professé jadis pour la fortune mobilière;

3° Enfin, toute liberté est laissée au tuteur pour les actions relatives à l'*état* du mineur, actions qui ne sont ni mobilières ni immobilières, et qui, n'étant pas prévues dans l'article 464, rentrent dans le cadre du pouvoir du tuteur.

418. Actions possessoires. — Les conclusions précédentes se déduisent *a contrario* du texte de l'article 464; mais il en est une autre, qui limite également le domaine de ce texte, et en dehors de ce procédé d'argumentation : il est admis couramment que le tuteur a toute liberté pour intenter les *actions* possessoires, actions immobilières cependant, mais tendant à faire trancher par le juge uniquement une question de possession et sans toucher au fond même du droit, à la question de propriété. En général, l'administrateur du patrimoine d'autrui a l'exercice de telles actions, précisément pour qu'elles n'engagent pas irrémédiablement l'avenir. (Voy. art. 1428.)

419. — 5° *Le partage.* — Des biens sont indivis entre le pupille et d'autres copropriétaires; par exemple, une succession est échue à plusieurs héritiers, dont le mineur. Il faudra bien, un jour ou l'autre, sortir de l'indivision, substituer à la copropriété, une, ou plutôt des propriétés individuelles et unitaires; ce résultat est obtenu normalement à l'aide d'une opération qui a nom le *partage* : le tuteur

pourra-t-il y figurer au nom du mineur et sans autorisation ?

Trois éventualités sont possibles :

a) Les intéressés sont d'accord pour procéder au partage, régulièrement, judiciairement; en ce cas, le tuteur pourra en quelque sorte suivre le mouvement en s'adjoignant à la requête collective à fin de partage, présentée par tous les intéressés (art. 465, mod. par L. 15 déc. 1921);

b) Un des copropriétaires prend l'initiative du partage, contre le gré du tuteur; il exerce contre lui, en tant que représentant du mineur, l'*action en partage* : le tuteur a qualité pour y défendre (art. 465);

c) Enfin, c'est au contraire le tuteur qui, prenant l'*initiative* des hostilités, exerce l'action en partage contre les copropriétaires autres que le mineur; il ne pourra prendre ainsi l'offensive qu'avec l'autorisation du conseil (art. 465).

420. Formes du partage. — Le partage, du moment qu'il intéresse un mineur, doit avoir lieu, non pas à l'amiable, mais *judiciairement* (art. 466). La forme judiciaire offre assurément des garanties très appréciables, mais elle présente d'autre part de très graves inconvénients : elle est lente, compliquée, et surtout elle est coûteuse. Aussi la pratique s'ingénie-t-elle à tourner la règle; elle y parvient par des procédés, dont certains ne sont pas à l'abri de la critique et que nous rencontrerons chemin faisant (*convention d'indivision, porte-fort, transaction, vente des biens indivis*, etc). Mais il faut noter, dès maintenant, que le tuteur a du moins qualité pour procéder, sans autorisation et en dehors de la forme judiciaire, à un *partage provisionnel*, c'est-à-dire à un *partage de jouissance*, pour les revenus; et même, à supposer qu'il soit passé outre aux exigences légales et qu'on procède à un partage prétendument définitif, cette opération ne sera pas complètement inefficace; elle vaudra comme partage provisionnel (art. 466, *in fine*).

421. — 6° L'autorisation du conseil est encore nécessaire et suffisante pour que le tuteur puisse *prendre à ferme pour son compte personnel*, un immeuble de son pupille; le bail sera passé, une fois cette autorisation obtenue, entre le tuteur agissant en son propre nom et le subrogé tuteur représentant le pupille dont les intérêts se trouvent en opposition avec ceux de son mandataire habituel (art. 450, § 3).

Le texte ne dit rien du *bail à loyer*; à notre avis, il doit être traité ainsi que le bail à ferme. Sans doute, le pouvoir constitue, pour l'administration du tuteur, le principe (*sup*

n° 407), mais il n'existe aucune raison sérieuse de distinguer ici les deux catégories d'opérations qui présentent, dans les termes prévus au texte, les mêmes dangers pour le mineur.

422. II. Deuxième catégorie : actes pour lesquels la loi exige l'autorisation du conseil de famille plus l'homologation du tribunal. — Rentrent dans cette catégorie : l'*emprunt* et certaines *aliénations*, ainsi que des actes considérés comme *équivalents*.

A. L'*emprunt*. — C'est un acte dangereux qui peut mettre le mineur dans une situation difficile et entraîner sa gêne, peut-être sa ruine; ce n'est pas un acte normal d'administration, même au sens large du mot. C'est pourquoi le Code civil exige le double contrôle du conseil de famille et du tribunal (art. 457 et 458); de plus, il prescrit que l'autorisation ne devra être donnée que *pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident* (art. 457, § 2); la nécessité absolue doit résulter d'un compte sommaire présenté par le tuteur (art. 457, § 3).

423. — B. *Certaines aliénations*.

1° Les ventes de *meubles incorporels*, lorsque leur valeur dépasse une somme, d'abord fixée à 1.500 francs par la loi du 27 février 1880, puis élevée à 7.500 francs, en conséquence de la dévaluation du franc, par une loi du 9 juillet 1931 (art. 1er modifiant en ce sens l'art. 2 de la loi de 1880). Jusqu'à ce chiffre inclus, l'autorisation du conseil est nécessaire et suffisante; au delà, elle doit être complétée par l'homologation du tribunal; même remarque pour la *conversion de titres nominatifs en titres au porteur* (art. 10 de la loi du 27 fév. 1880).

2° Les ventes d'*immeubles*. — Les conditions requises sont les mêmes que pour l'emprunt (art. 475, §§ 1, 2 et 3). Mais, de plus :

a) Le conseil de famille indique les immeubles qui devront être vendus de préférence et « *toutes les conditions qu'il jugera utiles* ». (art. 457, § 4);

b) La vente, une fois autorisée par le conseil et le tribunal, doit avoir lieu suivant des formes déterminées, *aux enchères publiques, « reçues par un membre du tribunal ou par un notaire à ce commis »*. (Art. 459.) Pour le détail de la procédure il faut consulter le Code de procédure, articles 953 à 965, au titre intitulé « *De la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs* »;

c) Le subrogé tuteur doit être présent à la vente (art. 459).

Grâce à ces formalités, on peut espérer que l'immeuble

atteindra son juste prix et surtout que les fraudes, les collusions seront rendues impossibles par le grand jour de l'audience : tout le monde est admis aux enchères et l'immeuble est *adjugé* au plus fort enchérisseur.

3° L'*échange* portant sur un immeuble, mais sans qu'il soit alors question d'une mise aux enchères qui serait inconcevable.

424. Dérogations : aliénations non soumises aux règles précédentes. — Il est des aliénations qui échappent aux règles que nous venons de tracer, plus ou moins complètement : ce sont les *aliénations forcées,* pour lesquelles, à raison de leur caractère obligatoire, il ne peut être question ni d'autorisation du conseil de famille, ni d'homologation du tribunal. Il en va ainsi de la *licitation*, de la *vente sur saisie* et de *l'expropriation pour cause d'utilité publique*.

1° Un immeuble est indivis entre le pupille et d'autres copropriétaires; or, il est impartageable ou difficilement partageable. On le vendra pour, ensuite, se partager le prix; on le *licitera*. Il n'y a là, en somme, qu'un épisode du partage; la *licitation*, du moins si c'est un des copropriétaires qui se porte acquéreur de l'immeuble, est un acte *équipollent à partage*; il semble donc que le tuteur n'ait pas besoin, pour y figurer, d'une nouvelle autorisation, d'une autorisation spéciale. Et c'est bien ce qu'admet le Code civil *lorsqu'elle est demandée par les copartageants du mineur* (art. 460, § 1) ; mais, si c'est le tuteur qui en prend l'initiative, l'opération est assimilée à une vente d'immeubles et les formalités édictées pour ce genre d'aliénation doivent donc être observées : il faudra, notamment, et l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (Civ., 20 janv. 1880, *S.* 1880, I, 209, *D. P.* 1880, I, 161).

Dans tous les cas, la licitation a lieu aux enchères publiques, tout le monde étant admis à enchérir (art. 460, § 2).

2° La *vente sur saisie* : les créanciers du mineur, ne pouvant obtenir leur paiement, saisissent et font vendre les biens, les immeubles de leur débiteur, afin de se payer sur le prix d'adjudication. Il ne saurait évidemment être question, en cette occurrence, d'une autorisation quelconque, mais les créanciers sont tenus, par faveur spéciale pour le débiteur mineur, de s'attaquer d'abord au mobilier; ce n'est qu'en cas d'insuffisance qu'ils s'en prendront ensuite aux immeubles; c'est ce qu'on appelle la *discussion préalable du mobilier* (art. 2206) ;

3° L'*expropriation pour cause d'utilité publique*. — Un immeuble, appartenant à un mineur, est exproprié pour

cause d'utilité publique; on ne demande pas son avis au conseil de famille; les intérêts généraux priment ici les intérêts privés. D'ailleurs, la procédure d'expropriation offre, pour la partie expropriée, toutes les garanties désirables.

Au cours de cette procédure, la partie expropriante fait des offres au tuteur qui peut les accepter, sans s'adresser au conseil de famille, avec la seule autorisation du tribunal donnée sur simple requête. (Décret-loi du 8 août 1935, art 15.) S'il les refuse, la procédure suit son cours.

425. — C. *Actes assimilés aux aliénations.* — Certains actes sont traités avec la même rigueur que les précédents, encore qu'ils ne se ramènent pas à des aliénations ou bien qu'ils ne soient pas visés par des textes législatifs :

1° Dans le premier ordre d'idées, nous avons signalé que la loi du 27 février 1880 exige, pour la *conversion* des titres nominatifs en titres au porteur, les mêmes formalités que pour la vente desdits titres. (*Sup.* n° 412);

2° On est d'accord pour soumettre au même régime les *actes constitutifs d'un droit réel* sur un immeuble du pupille; droit d'*hypothèque* (art. 457, § 1); ou d'*emphytéose* (L. 25 juin 1902, art. 2); ou d'*usufruit* ou de *servitude*;

3° La même solution est généralement admise pour les *baux de longue durée* : comme nous le verrons, le tuteur a le pouvoir de donner à bail les biens du mineur, jusqu'à concurrence de neuf années (C. civ. art. 1429 et 1430; *inf.* n° 432); au delà de ce délai, le bail cesse de présenter le caractère d'un acte d'administration courante pour se rapprocher des actes de disposition; bien qu'il n'en résulte aucun droit réel pour le preneur, nous croyons, avec la majorité des auteurs, que l'autorisation et l'homologation seront nécessaires.

426. Observations relatives aux actes assimilés. — 1° Il faut répéter pour eux ce qui a été dit pour la vente, à savoir que les formalités ne sont exigées qu'autant qu'ils présentent un caractère *volontaire* (*Sup.* n° 424); dans le cas contraire, la nécessité d'une autorisation serait inconcevable, par exemple pour un usufruit légal ou une servitude établie directement par la loi; de tels droits réels grèvent l'immeuble *automatiquement*, sans qu'il y ait lieu d'obtenir l'agrément du propriétaire ou des personnes chargées de veiller sur ses intérêts.

2° Les *formalités* à suivre pour ces actes ne sont pas, de tout point, celles que la loi institue pour la vente d'immeubles; elles se limitent à l'autorisation du conseil et à l'homo-

logation du tribunal, sans qu'il soit question de mise aux enchères, laquelle serait inimaginable pour une conversion, de même que pour l'établissement d'une servitude ou d'une hypothèque. L'acte a lieu de *gré à gré*, conformément au droit commun et par la force même des choses.

427. III. **Troisième catégorie. Actes pour lesquels la loi exige une formalité supplémentaire.** — On pourrait à bon droit ranger dans cette catégorie la *vente d'immeubles*, puisqu'elle implique, outre l'autorisation et l'homologation, la mise aux enchères, devant un magistrat ou devant un notaire à ce commis, et en présence du subrogé tuteur (*Sup.*, n° 423).

Mais l'acte typique qui ressortit à ce compartiment est la *transaction*, c'est-à-dire le contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation (art. 2044). Cette opération est excellente dans son but, mais elle est dangereuse dans son élaboration et dans sa réalisation; elle implique des concessions, de part et d'autre; il est à craindre que l'une des parties n'en fasse davantage que l'autre et ne soit alors victime d'une lésion; et puis, la transaction se prête à toutes sortes de fraudes, de dissimulations. (*Inf.* t. II, n° 1457.) Pour ces raisons, le législateur a estimé que les tractations devaient être examinées de près par des compétences, par des techniciens; il exige que le projet de transaction ait été soumis à trois jurisconsultes, désignés par le procureur de la République et qui donneront leur avis (art. 467). Ces jurisconsultes ne sont autres que trois avocats ayant dix années d'exercice (arg., art. 495 C. pr., qui vise, à vrai dire, non la transaction, mais l'exercice de la *requête civile*) : si les rédacteurs du Code civil ont employé le mot plus vague de « jurisconsultes », c'est parce que l'ordre des avocats, supprimé en 1790, n'avait pas encore été rétabli en 1804.

La transaction suppose donc, pour sa validité, la réunion de trois éléments : 1° avis favorable de trois avocats; 2° autorisation du conseil; 3° homologation du tribunal.

428. IV. **Actes interdits.** — Il est des actes qui sont strictement interdits, auxquels le tuteur ne peut procéder, fût-ce en observant les formalités que nous venons de décrire.

L'interdiction s'explique : 1° soit par le caractère *dangereux* de l'acte; 2° soit par son caractère strictement *personnel*; 3° soit par les *rapports* qui existent entre tuteur et pupille.

429. A. Actes interdits à raison de leur caractère dangereux. — Ce sont :

1° L'*acceptation pure et simple* d'une succession (*Sup.* n° 413);

2° Les *actes à titre gratuit* : le tuteur ne peut pas faire de cadeaux avec l'argent du pupille. La prohibition vise, non seulement les donations proprement dites, mais tous les *actes de bienfaisance*, renonciation à un droit, à une prescription, cautionnement, etc.

Cependant, la tradition, qui a établi cette interdiction que les textes ne consacrent pas expressément, fait exception pour les *cadeaux d'usage*, lesquels rentrent dans le cadre des actes d'administration et auxquels le tuteur peut donc procéder, sans autorisation, mais avec mesure et discrétion, sous sa responsabilité personnelle;

3° Les *actes de commerce* : le mineur ne peut y procéder qu'à la condition d'avoir été préalablement émancipé (C. com., art. 2); le tuteur n'a certainement pas le pouvoir de faire le négoce en son nom, ni à titre permanent, ni même à titre accidentel et au moyen d'actes isolés. (C. com., art. 3 et, pour la lettre de change, art. 114);

4° Le *compromis*, ou convention par laquelle des personnes qui ont un différend décident de le soumettre, non pas à l'autorité judiciaire compétente, mais à des *arbitres*. Cette substitution de la *justice privée*, de la *justice d'élection*, à la *justice officielle*, est anormale et périlleuse; c'est pourquoi elle devient impossible lorsqu'il y a, parmi les intéressés, un mineur. L'interdiction ressort de la combinaison des articles 1004 et 83 — 6° C. pr. : d'après le premier des textes, on ne peut compromettre sur les contestations sujettes à communication au ministère public; or, suivant l'article 83, les causes des mineurs rentrent dans cette catégorie.

430. B. Actes interdits aux tuteurs à raison de leur caractère strictement personnel. — Il est des actes pour lesquels la représentation est inconcevable à raison de leur caractère strictement intime et personnel : on ne se *marie* pas par procuration, pas plus qu'on ne s'en remet à autrui du soin de faire son *testament*. De tels actes peuvent d'ailleurs être accomplis par le mineur lorsqu'il est parvenu à un certain âge et moyennant l'observation de formalités déterminées. (Voy., pour le testament, *Sup.* n° 318 et, pour le mariage et le contrat de mariage, *Sup.* n° 317 et *inf.* n^{os} 724 et suiv.)

431. C. **Actes interdits à raison des rapports qui existent entre le tuteur et son pupille.** — Ce sont des actes qui consacrent une opposition d'intérêts entre ces deux personnes; non pas que de tels actes soient, *en principe*, interdits entre elles; ils déterminent seulement l'intervention du subrogé tuteur qui, pour les besoins de la cause, représente le pupille (parfois, il faut, en outre, l'autorisation du conseil de famille; v. *Sup.* n° 421, pour le contrat de bail); mais, *dans des cas exceptionnels*, le Code civil réprouve et proscrit une telle opposition d'intérêts.

1° Le tuteur ne peut pas *acheter* les biens de son pupille (art. 450, § 3). Cette interdiction est applicable sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles, ni, d'après la forme de l'opération, entre les ventes de gré à gré et les ventes aux enchères publiques; en toute occurrence, on craint que le tuteur n'abuse de la situation pour faire une trop bonne affaire aux dépens de son pupille.

Mais ce motif même annonce et légitime des dérogations pour les cas où les circonstances justifient une acquisition de ce genre, soit pour que le tuteur se trouve dans l'*indivision* avec le mineur — il pourra alors se porter adjudicataire de l'immeuble vendu sur licitation, — soit qu'il ait une *hypothèque* sur un immeuble pupillaire : si cet immeuble est saisi, il aura encore le droit de se porter adjudicataire; on ne saurait, en effet, le spolier des droits qui lui appartiennent en tant que copropriétaire ou en tant que créancier hypothécaire : son désir d'acquérir l'immeuble trouve un *motif légitime* dans la situation juridique antérieure.

2° Le tuteur ne peut « *accepter la cession d'aucun droit ou créance de son pupille* » (art. 450, § 3); une semblable opération, par laquelle il deviendrait l'adversaire du mineur par rapport auquel il occuperait une position dominante, présenterait un caractère suspect; il n'en serait autrement que si elle intervenait à titre gratuit, d'une façon plus générale, dans des conditions exclusives de l'idée de malveillance et de spéculation (*subrogation légale* de l'art. 1251 qui, d'ailleurs, n'est pas une cession véritable). Hors ces cas exceptionnels, la cession serait frappée de nullité.

432. Domaine laissé à l'activité du tuteur agissant seul, en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la loi. — Après avoir énuméré les actes auxquels le tuteur ne peut procéder que moyennant l'observation de certaines formalités particulières et ceux qui lui sont complètement interdits, il nous est possible, jetant un regard sur le chemin parcouru et faisant retour au principe du

pouvoir, de préciser l'étendue du domaine ouvert à sa libre activité.

Ce domaine est encore très vaste.

1° Le tuteur peut d'abord et sans aucun doute procéder librement aux *actes conservatoires* (inscription d'une hypothèque, transcription d'un acte, inventaire, assurance contre l'incendie, etc.);

2° Il peut prendre toutes mesures en vue de l'*entretien des immeubles*, faire procéder à des réparations, non seulement pour l'*entretien* et à l'aide des **revenus**, mais aussi aux *grosses réparations* qui nécessitent l'emploi de *capitaux*;

3° Il peut *donner à bail* les biens du mineur, mais seulement jusqu'à concurrence de *neuf années* (art. 1718, cbn art. 1429 et 1430). Il ressort de ces textes que les baux de plus longue durée rentrent, au regard du bailleur, dans la catégorie, non des actes d'administration, mais des actes de disposition; ils engagent, en effet, lourdement l'avenir. Il faudra donc, pour les conclure, et l'autorisation du conseil de famille, et l'homologation du tribunal. Tout au moins, le tuteur a-t-il la facilité, d'après ces mêmes textes appliqués par analogie, de consentir le renouvellement d'un bail *par anticipation*, jusqu'à concurrence de deux années pour les biens urbains, et de trois années pour les biens ruraux;

4° Il peut aliéner les *meubles corporels*, sans avoir besoin d'aucune autorisation; mais il est tenu de se conformer aux dispositions de l'article 452 : la vente aura lieu, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un *officier public*. Ce texte vise seulement, il est vrai, la vente qui intervient à l'ouverture de la tutelle; mais il n'existe aucune bonne raison de traiter différemment celle qui est consentie par la suite; il n'y a pas lieu, non plus, de distinguer entre les ventes de récoltes et les ventes de meubles ayant la position juridique de capitaux; en l'absence de toute limitation écrite dans la loi, on doit en revenir au principe que nous avons dégagé : celui du pouvoir du tuteur (*sup.*, n^{os} 407 et suiv.);

5° Le tuteur peut exercer les *actions mobilières*, et de là cette conséquence qu'il a pleins pouvoirs pour recevoir le paiement des sommes dues au pupille, *sans distinguer entre les revenus et les capitaux* : du moment qu'il peut poursuivre le débiteur, réclamer le paiement en justice (*Sup.*, n° 417), c'est évidemment qu'il est qualifié pour toucher les sommes dues et pour donner quittance.

Nous savons qu'on lui permet aussi d'intenter les actions possessoires, encore qu'elles aient un caractère immobilier (*Sup.*, n° 418);

6° De même qu'il a qualité pour faire rentrer les sommes dues, le tuteur peut et doit *acquitter les dettes du pupille*, si élevé qu'en soit le chiffre;

7° Nous avons admis qu'il peut accepter, sans autorisation, un legs à titre particulier, du moins non accompagné de charges. (*Sup.*, n° 415.)

433. — 8° Enfin — mais ici nous entrons dans le domaine de la controverse, — le tuteur a le pouvoir de *placer*, seul et sans autorisation, les *sommes* qui se trouvent disponibles dans le budget de son pupille.

A vrai dire, cette proposition n'est pas invariablement sujette à contestation; il est acquis, d'une part, que le placement des *économies* réalisées sur les revenus peut être effectué en dehors de l'autorisation du conseil de famille, car il n'y a là qu'un acte de simple, de pure administration; d'autre part, que le tuteur doit se conformer, pour le placement de capitaux provenant par exemple de la vente d'un immeuble de son pupille, aux directives qui lui ont été données par le conseil de famille en même temps que l'autorisation de vendre et à son occasion (art. 457 *in fine*); en sorte que la controverse est limitée au cas où le tuteur se trouve en possession de *capitaux*, dont l'emploi n'a pas été déterminé par le conseil de famille : c'est, par exemple, une somme qui a été léguée au pupille et que le tuteur a acceptée de son propre mouvement, ou bien c'est un recouvrement important qu'il a effectué, comme il en avait le pouvoir, en dehors de toute autorisation. C'est alors qu'on se demande si l'emploi de tels capitaux peut être réalisé, de sa part, librement et sans consulter le conseil de famille : la doctrine et la jurisprudence sont très divisées sur ce point.

On a cru assurer le triomphe de la thèse restrictive, du moins pour les placements en valeurs mobilières, en faisant intervenir l'article 6 de la loi du 27 février 1880 qui, après avoir prescrit au tuteur de placer les capitaux du mineur, ajoute : « *Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'article* 455 *du Code civil seront applicables à cet emploi.* » Or, dit-on, les règles en question ne sont autres que celles qui exigent, pour l'aliénation des valeurs mobilières, l'autorisation du conseil de famille, et même, au delà de 7.500 francs, l'homologation du tribunal. C'est donc à un régime analogue que seront soumis les placements de capitaux; ils devront, dans tous les cas, être autorisés par le conseil, et, au-dessus de 7.500 francs, l'avis de celui-ci devra être homologué par le tribunal. (*Sic.* : Paris, 25 mai 1884. *S.* 1885, 2, 97; Rennes, 9 février 1904, *S.* 1904, 2, 263;

Toulouse, 19 mars 1906, *S.* 1906, 2, 95, *D. P.* 1906, 2, 192; Comp. SAVATIER, n° 578, Douai, 26 juill. 1934, *sol. impl.*, *S.* 1935, 2, 5).

434. — Cette argumentation nous paraît passer à côté de la vérité : dans l'article 6, le législateur de 1880 se préoccupait uniquement de rendre obligatoire le placement des capitaux, jusque-là facultatif pour le tuteur (*Inf.* n° 411); il ne faut pas attribuer à ce texte une autre signification que celle-là, et, pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à l'intitulé de la loi; il n'y est question que de l'*aliénation* des valeurs mobilières des mineurs et de la *conversion* des titres nominatifs en titres au porteur.

Cet argument écarté, il y a lieu d'observer :

a) Que le tuteur a le pouvoir de toucher, sans autorisation, les capitaux dus à son pupille, ce qui semble bien impliquer celui de les placer dans les mêmes conditions de liberté;

b) Qu'aucun texte ne limite ses pouvoirs en ce qui concerne les placements immobiliers, lesquels lui sont donc, comme on s'accorde à le reconnaître, librement ouverts. On aboutit ainsi, dans l'opinion que nous combattons, à permettre au tuteur d'acquérir des immeubles, pour son pupille, sans limitation de sommes, tout en lui interdisant d'acheter le moindre titre à la Bourse sans l'autorisation du conseil de famille, ce qui est assurément une étrangeté et une inconséquence;

c) Que le principe, pour le tuteur, est le pouvoir (*Sup.* n° 407) et que ce principe doit recevoir son application du moment qu'il n'y est pas dérogé par un texte formel.

Pour ces raisons, nous estimons que le placement des capitaux du mineur rentre dans les pouvoirs de large administration du tuteur. (*Sic* : Aix, 10 mai 1906, *S.* 1906, 2, 160; *D. P.* 1906, 2, 352.)

435. Comparaison entre la capacité du mineur émancipé et le pouvoir du tuteur. — Il existe assez d'analogie entre cette capacité et ce pouvoir; pour l'une comme pour l'autre, le code civil utilise une même mesure, semble-t-il, celle de l'*acte d'administration*.

Cependant, l'avantage est pour le tuteur, incontestablement : son pouvoir est de large, très large administration, au lieu que la capacité du mineur émancipé est de *pure* administration. (*Sup.* n^{os} 327 et suiv.)

Cette différence de mesure se concrétise dans les solutions suivantes :

1° Le tuteur peut procéder, sans autorisation, à toutes réparations, alors que le mineur émancipé doit, pour les grosses réparations, se faire assister de son curateur. (*Supra* n° 329);

2° Le tuteur peut recevoir indistinctement toutes les sommes dues au pupille, revenus ou capitaux; la capacité du mineur émancipé est limitée à la réception des revenus; l'assistance du curateur est nécessaire pour l'encaissement d'un capital (art. 482);

3° A notre avis le mineur émancipé ne peut pas procéder, sans assistance, au placement de ses capitaux (*Sup.*, n° 329), tandis que le tuteur a le libre emploi de toutes les sommes disponibles (*Sup.*, n° 433). Mais, sur ces deux points, la controverse est instituée : il est même curieux d'observer que la jurisprudence permet au mineur émancipé de placer ses capitaux sans assistance, alors que les cours d'appel ont une tendance à refuser au tuteur un pouvoir aussi étendu (*Sup.*, n° 434); il y a là un contre sens juridique qui vient à l'appui de l'opinion contraire à laquelle nous nous sommes rangé : une capacité de *pure administration* ne peut pas être plus large qu'un pouvoir de libre administration;

4° Enfin, les actes du tuteur ne comportent point la *réduction pour cause d'excès* à laquelle demeurent exposés les engagement du mineur émancipé (*sup.*, n° 331). Du moins, dans un domaine comme dans l'autre, la théorie de la rescision pour cause de lésion est-elle sans emploi (*Sic*, pour les actes du tuteur, Civ. 24 juin 1929, *S.* 1933, 1, 369).

B. — Obligations et responsabilité du tuteur

436. Plan. — Les obligations qui incombent au tuteur sont à classer dans trois catégories, selon le moment auquel elles naissent et se réalisent :

1° Il en est qui lui incombent aussitôt, *dès son entrée en charge*, ou même auparavant;

2° Il en est d'autres qui apparaissent *en cours de tutelle*;

3° D'autres, enfin, qui naissent du fait de la *cessation de la tutelle*.

Laissant de côté les obligations de la troisième catégorie qui trouveront leur place dans les développements consacrés à la cessation de la tutelle (*inf.*, n^{os} 454 et suiv.), nous ne retiendrons, pour le moment, que celles qui ressortissent aux deux premiers groupes.

437. I. Obligations concomitantes ou même antérieures à l'entrée en fonction :

1° Le tuteur, s'il n'est pas datif, doit provoquer d'urgence

la nomination du subrogé tuteur; jusqu'à cette désignation, il lui est interdit de gérer, à peine de se voir, du moins en cas de dol de sa part, retirer la tutelle (art. 421). S'il est datif, le conseil de famille a dû procéder à la désignation du subrogé en même temps qu'à la sienne;

2° Le tuteur doit, dans les dix jours suivant celui de sa nomination, requérir la *levée des scellés* qui avaient pu être apposés sur les biens du mineur (art. 451, § 1).

438. — 3° Dans le même délai, il est tenu de faire procéder à l'*inventaire* des biens du pupille, en présence du subrogé tuteur (même texte). Dans ce document, rédigé par un notaire, sont énumérés, décrits et *estimés* les biens *mobiliers du mineur* (C. pr., art. 943); strictement, il ne devrait pas y être question des immeubles, lesquels cependant sont d'ordinaire mentionnés, mais sans estimation. On doit également trouver dans l'inventaire l'indication des *dettes* incombant au mineur; et, à cette occasion, la loi fait au tuteur une obligation de déclarer, dans l'inventaire, les créances qu'il aurait contre son pupille, et ce, à peine de déchéance : la créance non déclarée serait éteinte (art. 451, § 2).

La rédaction de l'inventaire présente un intérêt essentiel, puisque ce document, en fixant la consistance des biens pris en charge par le tuteur, fixera par là même l'étendue des restitutions qui lui incomberont lors de la cessation de ses fonctions. Aussi la *sanction* de cette formalité est-elle énergique; à défaut d'inventaire initial, le mineur, ou ses héritiers, seront admis à faire preuve de la consistance de la fortune pupillaire mobilière, lors de l'ouverture de la tutelle par tous les moyens possibles, par titres, par témoins, par présomptions, et même par *commune renommée*, c'est-à-dire par la rumeur publique, par les on-dit (art 1442, § 1).

4° Dans les trois mois qui suivent l'ouverture de la tutelle, le tuteur doit *convertir en titres nominatifs les titres au porteur* appartenant au mineur (loi du 27 février 1880, art. 5); si la nature des titres répugne à cette opération, il doit, dans le même délai, obtenir du conseil de famille l'autorisation soit de les aliéner (et alors le conseil déterminera le mode d'emploi du prix de vente), soit de les conserver (et le conseil pourra, en ce cas, prescrire le dépôt des valeurs à la Caisse des dépôts et consignations ou entre les mains d'un tiers, d'une banque par lui désignée), art. 5 de la loi.

439. 5° **Lorsque le tuteur n'est ni le père ni la mère du mineur,** une série de devoirs lui sont tracés par la loi. Il doit, en effet :

a) Faire régler par le conseil de famille le *budget* de la tutelle, c'est-à-dire la somme à laquelle s'élèveront les dépenses annuelles du mineur (art. 454) ;

b) Faire déterminer par le conseil la somme à partir de laquelle commencera pour lui l'obligation d'*employer* soit l'excédent des revenus sur la dépense (art. 455), soit les capitaux disponibles (loi du 27 février 1880, art. 6). Le placement sera effectué par lui, dans le délai de *six mois* pour les revenus (art. 455), et dans celui de *trois mois* pour les capitaux, sauf au conseil à lui accorder, dans ce dernier cas, un plus long délai (loi du 27 février 1880, art. 6). La sanction consiste en ceci, qu'au cas de retard, le tuteur sera redevable, *de plein droit*, des intérêts de la somme demeurée improductive (art. 455 et 456) ; s'il a négligé de provoquer la décision du conseil, il est comptable des intérêts de toute somme non employée (art. 456). Si le placement a lieu en valeurs, celles-ci doivent être nominatives, suivant un principe général inscrit dans la loi de 1880.

Il est à remarquer que le placement des économies réalisées sur les *revenus* est soumis à d'autres règles que le placement des *capitaux*, ce qui n'est pas surprenant, puisque le premier est prescrit par le Code civil, tandis que le second l'est par la loi de 1880 : d'une part, les délais diffèrent : *six mois* dans un cas, *trois mois* dans l'autre; d'autre part, il est admis que les dispositions de l'article 455, relatives aux revenus, sont inapplicables aux père et mère (arg., art. 454 : « Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, *autre que celle des père et mère...* »), au lieu que la loi du 27 février 1880 régit toutes les tutelles, y compris celle des parents; de telle sorte que le système de notre droit français est fort décousu sur ce point : le père ou la mère sont tenus de placer les capitaux dans le délai de trois mois et d'après les prescriptions du conseil qu'ils ont dû pressentir à cet égard, au lieu que toute latitude leur est laissée pour le placement des économies réalisées sur les revenus.

Mais, en tout cas, les tiers ne sont point responsables du défaut d'emploi (loi du 27 février 1880, art. 6, *in fine*).

440. — *c*) Le tuteur, *autre que les père et mère*, doit, *dans le mois* qui suit la clôture de l'inventaire, faire vendre les meubles du mineur (art. 452), en présence du subrogé. Le législateur a craint, en pareille matière, des dépréci-

tions, des détériorations; et d'ailleurs, il s'agit là d'objets généralement improductifs.

Ces raisons tracent les limites de la règle; elle est inapplicable, tant aux meubles *incorporels*, aux valeurs mobilières, lesquelles sont ordinairement productives (Civ., 16 novembre 1921, *D. P.*, 1924, 1, 54), qu'aux meubles corporels que le tuteur aurait obtenu du conseil l'autorisation de conserver en nature (art. 452 *in fine*) ; et une autorisation de ce genre sera sans doute donnée pour les meubles meublants.

Au reste, la pratique interprète très largement l'article 452 avec lequel elle prend quelques libertés; en fait, le tuteur qui ne se conforme pas à cette disposition, n'engage sa responsabilité que si, en s'abstenant, il a commis une faute caractérisée, certainement préjudiciable aux intérêts de son pupille.

Les père et mère sont dispensés de vendre les meubles corporels, du moins aussi longtemps que dure leur usufruit légal des biens du mineur, c'est-à-dire jusqu'à ce que celui-ci ait accompli sa dix-huitième année (art. 453).

441. — On voit que la tutelle diffère, à de multiples égards, de celle des ascendants ou de toutes autres personnes; les articles 452 à 456 sont considérés comme ne leur étant pas applicables (arg., art. 454, *in limine*) ; il semble donc bien qu'à la différence de tous autres, ils ne puissent, ni demander une rétribution, ni se faire assister par des administrateurs salariés (arg., art. 454, § 2, cbn, § 1).

442. I. Obligations qui incombent au tuteur au cours de la gestion :

Obligations spéciales. — Il faut d'abord mentionner celles-là mêmes qui lui sont imposées à l'ouverture de la tutelle et que nous venons de décrire, telles celle de vendre le mobilier corporel ou encore celle de convertir, dans les trois mois, les titres au porteur en titres nominatifs (loi du 27 février 1880, art. 5, § 2) : Il n'existe évidemment aucune raison valable de cantonner ces obligations dans la période d'ouverture de la tutelle; elles subsistent, sans rémission, pendant toute la durée de l'administration tutélaire.

En outre, le tuteur, *autre que le père ou la mère*, peut être astreint, par le conseil de famille, à remettre au subrogé tuteur des *états de situation* de sa gestion, jusqu'à concurrence d'un au plus par année (art. 470, § 1).

443. Obligations générales. — Du jour où la tutelle a été régulièrement constituée et lorsqu'un subrogé tuteur a

été désigné, le tuteur se voit imposer une obligation très compréhensive, celle de gérer le patrimoine du pupille, en se conformant aux dispositions de la loi, en observant les formalités par elle prescrites, et en thèse générale, en se comportant comme un *bon père de famille* (art. 450, § 2). Ce critère, dont le Code civil lui fait application, n'est pas en parfaite harmonie avec le droit commun : administrateur non salarié, il semble qu'il ne devrait répondre que de la faute appréciée concrètement, de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire qu'on devrait se contenter de lui demander, dans l'administration du patrimoine de son pupille, la diligence qu'il apporte dans ses propres affaires; or, le Code civil est plus exigeant; faisant abstraction en quelque sorte de la personnalité du tuteur, il l'identifie avec le *bonus pater-familias* du droit romain et le rend ainsi responsable de la faute légère appréciée *in abstracto*; renforcement de sévérité qui s'explique par la nécessité de protéger les intérêts de l'incapable sur lesquels son représentant doit veiller.

444. Sanctions attachées aux obligations du tuteur. — Il est des *sanctions spéciales* correspondant aux *obligations spéciales* mises à la charge du tuteur : c'est, pour *le défaut d'inventaire*, l'admission de la preuve par commune renommée; pour *le défaut de déclaration des créances* du tuteur contre le pupille, la déchéance du créancier; pour *le retard apporté* dans le placement des sommes disponibles, le service des intérêts qui courent alors de plein droit, etc.

445. Sanctions d'ordre général. — Au-dessus des sanctions spécialisées dont nous venons de rappeler les principaux exemples, il y a place pour des mesures d'ordre général qui peuvent être : 1° la *destitution* du tuteur; 2° l'*annulation* des actes passés irrégulièrement; 3° leur réduction; 4° la *responsabilité pécuniaire* du tuteur et même, dans les cas extrêmes, des autres rouages de la tutelle.

A. La *destitution* du tuteur n'est possible que pour causes graves (art. 444); c'est au conseil de famille qu'il appartient de la prononcer, sur l'initiative du subrogé tuteur ou sur celle du juge de paix (art. 446 et suiv.); sa délibération doit être motivée et la destitution ne saurait être prononcée qu'après audition ou, du moins, convocation du tuteur (art. 447).

446. B. **Annulation des actes irréguliers.** — Elle peut être demandée, en cours de tutelle, par le tuteur au nom de son pupille, et ensuite par celui-ci devenu majeur

ou émancipé. Il s'agit, comme toujours en matière d'incapacité, d'une *nullité relative*, qui ne saurait donc être invoquée ni par les tiers, ni surtout par la partie adverse, par exemple l'acheteur si c'est une vente qui a été consentie irrégulièrement par le tuteur (art. 1125, § 2) ou l'autre plaideur, s'il s'agit de l'engagement d'une instance, par exemple si l'appel d'un jugement a été formé par le mineur agissant seul : l'adversaire peut bien alors demander un délai pour mettre le tuteur en cause, mais l'appel ne saurait être déclaré irrecevable pour défaut d'habilitation de l'appelant (Civ. 31 oct. 1934, *S.* 1935, 1, 6; *D. P.* 1935, 1, 52). D'autre part, l'acte irrégulier est susceptible d'être validé par une confirmation de la part du mineur *devenu majeur*; et la loi présume une telle confirmation lorsque dix années se sont écoulées depuis le jour de la majorité (art. 1304, § 3). Voyez, sur la théorie générale des nullités relatives, *sup.* n^os^ 138 et suiv.

447. — A quoi il faut ajouter que ce n'est pas facilement que les tribunaux prononcent la nullité, du moins si l'irrégularité commise par le tuteur est exempte de fraude et si le préjudice qui en est résulté pour le mineur n'est pas clairement établi. Voyez, comme caractéristique, un arrêt de la Chambre des requêtes du 26 octobre 1910 (*S.*, 1912, 1, 337, note H. Lobbers).

C. **Réduction.** — Les *baux* consentis par le tuteur pour une période supérieure à neuf années ne sont pas nuls, mais simplement réductibles jusqu'à concurrence de ce laps de temps; encore la réduction ne peut-elle en être demandée qu'à la fin de la tutelle et pour la période de neuf années alors en cours (Req., 7 fév. 1865, *D. P.*, 1865, 1, 279).

448. D. **Responsabilité pécuniaire.** — On doit envisager celle du tuteur, laquelle apparaît au premier plan, mais aussi, à titre exceptionnel, la mise en cause du subrogé tuteur et des membres du conseil de famille.

1° Le *tuteur*. — Sa responsabilité est susceptible d'être engagée soit vis-à-vis de la contre-partie avec qui l'acte irrégulier avait été passé, soit surtout vis-à-vis du pupille lésé par ledit acte.

a) Vis-à-vis de la contre-partie, la responsabilité du tuteur n'est engagée que dans des cas bien rares, lorsqu'il a commis un dol, une faute intentionnelle, ou encore s'il s'était porté lui-même garant de la validité et du maintien de l'acte aujourd'hui annulé, assumant ainsi un engagement per-

sonnel; hors ces éventualités qui ne sont pas courantes, l'annulation de l'acte irrégulier ne peut servir de base à une action en dommages-intérêts dirigée contre le tuteur, auteur dudit acte, par la personne avec qui il l'a conclu. Voyez Nancy, 9 mai 1885 (*D. P.*, 1886, 2, 134).

b) C'est vis-à-vis du pupille que la responsabilité du tuteur sera pratiquement engagée à raison de l'annulation de l'acte incorrect, et en vertu du principe général posé dans l'article 450, § 2. Ce n'est d'ailleurs pas seulement en cette occurrence que le pupille sera fondé à demander des dommages-intérêts, mais à raison de toute faute commise par son représentant qui, par exemple, avait négligé d'assurer une maison contre l'incendie ou qui avait réalisé un placement aventureux, alors qu'il devait en faire un de père de famille : la faute légère, appréciée *in abstracto*, suffit à engager la responsabilité du tuteur (*sup.* n° 443).

449. — 2° Il en va tout autrement du *subrogé tuteur* : d'après une opinion couramment admise, sa responsabilité ne saurait être engagée que dans des cas extrêmes, c'est-à-dire s'il a commis un dol ou une faute lourde, ou encore à raison de la méconnaissance d'un devoir précis qui lui incombait : il n'a pas veillé à la rédaction d'un inventaire des biens du pupille; ou il n'a pas demandé la destitution d'un tuteur incapable ou malhonnête; ou encore, il a méconnu les prescriptions de la loi du 27 février 1880, article 7. Voyez sur ces différents points : Poitiers, 9 janvier 1905 (*D. P.*, 1907, 2, 310); Rouen, 13 déc. 1905 (*D. P.*, 1908, 2, 233; *Gaz. Pal.*, 20 fév. 1906).

450. — 3° Comme le subrogé, les *membres du conseil de famille* ne répondent que de leur dol et de leur faute lourde : choix d'un tuteur notoirement incapable ou insolvable, par exemple (Poitiers, 9 janvier 1905, arrêt précité).

Il faut ajouter que le *juge de paix*, président du conseil, ne pourrait être recherché, en sa qualité de magistrat, qu'au moyen de la *prise à partie*.

451. L'hypothèque légale. — La responsabilité du tuteur est donc singulièrement plus effective que celle de ses collaborateurs, et pour une autre raison encore, étant assortie d'une *hypothèque légale* qui grève tous les immeubles de ce représentant, en sûreté des intérêts de son pupille (art. 2121 et 2135 - 1°).

Cette garantie a d'ailleurs quelque chose de désordonné en ce sens qu'elle n'est pas proportionnée aux besoins de

la situation : tantôt elle est *excessive*, si le tuteur a une fortune immobilière importante et si, d'autre part, la créance du pupille est modique; tantôt elle est au contraire *insuffisante* ou même totalement inexistante, si la responsabilité du tuteur est lourdement engagée et si, d'un autre côté, sa fotrune immobilière est médiocre ou même nulle. Aussi le législateur moderne a-t-il une tendance à écarter cette sûreté capricieuse et aléatoire, parfois purement et simplement, plus volontiers en lui substituant d'autres mesures de sécurité :

1° En la supprimant purement et simplement. Voyez, pour les *pupilles de la Nation*, l'article 21 de la loi du 27 juillet 1917, qui décide que, lorsque la tutelle est conférée à l'*Office départemental*, « *les biens du tuteur désigné ne seront pas soumis à l'hypothèque légale instituée par l'article* 2121, *C. civ.* ».

2° En y substituant des mesures mieux appropriées aux besoins :

1° Soit une hypothèque *judiciaire*, *facultative* et à *efficacité limitée* : c'est le système institué par la loi du 24 juillet 1889 pour le cas d'une tutelle organisée en suite de la déchéance de la puissance paternelle; alors, il n'y a point d'hypothèque *légale*, mais le tribunal a la *faculté* d'ordonner la constitution d'une hypothèque qui grèvera les immeubles du tuteur *jusqu'à concurrence d'une somme déterminée* (art. 10, § 2 et § 3 de cette loi) ;

2° Soit un *cautionnement en argent* : lorsqu'une tutelle est exercée par l'*Assistance publique* ou par le *préfet* sur un *enfant assisté*, ici encore « *les biens du tuteur ne sont pas soumis à l'hypothèque légale...* », et la gestion des deniers pupillaires est garantie par le cautionnement du comptable de l'établissement, lequel est d'ailleurs une autre personne que le tuteur : ce dernier, n'ayant pas le maniement des deniers du pupille, échappe naturellement à toute mesure de garantie (L. 27 juin 1904, modifiée par L. 18 déc. 1906, art. 14).

N° 5. — *Cessation de la tutelle*

452. Plan. — Il faut savoir : 1° *comment* la tutelle peut prendre fin; 2° quelles sont les *conséquences* de sa cessation.

I. — *Comment la tutelle prend fin*

453. — Les événements qui mettent fin à la tutelle se produisent tantôt dans la personne du *mineur* et parfois dans celle du *tuteur*.

1° Les causes d'extinction qui se produisent *a parte pupilli* ont une portée *absolue;* lorsqu'elles surviennent, il n'y a plus de tutelle du tout : le mineur a atteint l'âge de la *majorité*; il a été *émancipé;* il est *décédé;*

2° Lorsque la tutelle est atteinte *a parte tutoris*, sa cessation n'est que *relative*; pour le mineur, elle se continue; il y a seulement *changement de tuteur :* celui-ci est *décédé*, ou *destitué*; ou bien encore il devient *incapable* ou il fait valoir une cause d'*excuse* en cours de tutelle.

453*bis*. — Lorsque la fonction prend ainsi fin alors que la tutelle *lato sensu* se continue pour le mineur, il est admis que le tuteur sortant conserve ses fonctions, en principe et provisoirement, jusqu'à la nomination de son successeur; il y a alors une *période de transition*, au cours de laquelle le tuteur sortant demeure véritablement tuteur et dont l'existence est d'ailleurs admise par le Code civil dans des éventualités déterminées : pour le cas de *décès* du tuteur, par l'article 419; pour les cas d'*excuse*, par l'article 440.

Cette période de transition n'existe évidemment pas lorsque, la tutelle ayant cessé absolument, il n'y a plus lieu de désigner un nouveau tuteur.

II. — *Conséquences de la cessation de la tutelle*

454. Principe de la reddition du compte. — La conséquence maîtresse de la cessation de la tutelle est l'obligation, pour l'ex-tuteur, de rendre compte de sa gestion; il ne s'agit plus alors d'un compte annuel, simple état de situation, qui n'est produit par le tuteur — et encore à l'exception des père et mère — qu'autant que le conseil de famille le lui a imposé (art. 470, *sup.*, n° 442), mais d'un compte unique et *définitif*, obligatoire pour tout tuteur, sans distinction tirée de l'origine des fonctions ni de leur mode de cessation (art. 469), et qui comprend d'une part le chapitre des *recettes*, d'autre part celui des *dépenses*, la différence entre ces deux postes donnant le *reliquat*, lequel peut être au profit du tuteur comme en faveur du pupille : les *frais* de l'opération, dont le tuteur doit faire l'avance, incombent en définitive au mineur (art. 417).

455. Parties à la reddition de compte. — Le compte est rendu par le tuteur, ou, s'il est décédé, par ses héritiers; quant à la personne à qui le compte est rendu et que le Code civil appelle l'*oyant-compte* (qui *ouït* le compte), elle varie suivant les éventualités.

1° Si la tutelle a pris fin par l'arrivée du pupille à sa majorité, c'est à lui que le compte sera présenté, et sans qu'il bénéficie, à ce moment décisif, d'aucune assistance : solution critiquable; car l'ex-mineur ne jouira pas toujours, vis-à-vis de son ex-représentant, lequel est le plus souvent son auteur ou son ascendant, d'une indépendance morale suffisante;

2° Si la tutelle a cessé par suite de l'émancipation, le mineur émancipé reçoit le compte avec l'assistance de son curateur (art. 480, § 1);

3° Au cas de décès du pupille, ce sont ses héritiers qui ont qualité pour ouïr le compte de tutelle;

4° Enfin, s'il y a seulement cessation des fonctions du tuteur et si la tutelle continue pour le mineur, les comptes doivent être rendus par le tuteur sortant ou par ses héritiers, à son successeur.

456. Mécanisme de la reddition de compte. — La procédure instituée à cette occasion est faite de règles assez complexes, généralement dérogatoires au droit commun, et dont certaines — les plus nombreuses — ont été édictées dans l'intérêt du pupille, dont une tout au moins est au contraire favorable au tuteur.

457. I. Règles édictées dans l'intérêt du pupille. — Elles se rattachent toutes à la même idée : on craint que l'ex-pupille ne soit moralement gêné vis-àvis de son ex-tuteur (père, mère, ascendant, etc.), et que, par confiance, par inexpérience des affaires aussi, il ne soit lésé au cours des tractations et du règlement qui le clôture. De là diverses mesures protectrices.

1° Le tuteur doit remettre un compte *détaillé* (*recettes* et *dépenses*), accompagnées de *pièces justificatives* : quittances des fournisseurs notamment (art. 472);

2° Un récépissé de l'oyant-compte doit constater l'accomplissement de cette formalité dont la date sera donc connue (même texte);

3° Le règlement du compte ne peut intervenir que *dix jours* au plus tôt après la date dudit récépissé (même texte).

Ainsi, l'ex-mineur aura le temps d'examiner le compte; il ne sera pas victime de sa confiance, de son respect, de sa bonne foi, de son imprudence; il ne donnera pas le quitus, les yeux fermés, sur-le-champ.

458. — L'article 472, qui édicte ces règles protectrices, vise tout acte de règlement de la tutelle : *quittance*, *décharge*

totale ou partielle, *traité* (on trouve ce dernier mot dans le texte), *transaction* (art. 2045, § 2). A cet égard, l'interprétation large s'impose.

Au contraire, l'interprétation stricte prévaut aux points de vue suivants :

a) Le réseau des mesures protectrices n'est tendu par la loi que pour les traités relatifs à la tutelle; du moment qu'un acte est étranger à cet ordre d'idées (vente, louage), il peut intervenir entre l'ex-tuteur et l'ex-pupille dès avant l'expiration du délai de dix jours de l'article 472 (Civ., 15 nov. 1898, *S.*, 1899, 1, 140; *D. P.*, 1904, 1, 465).

b) Ce texte suppose que l'opération intervient entre le ci-devant tuteur et le « *mineur devenu majeur* »; il ne vise que cette éventualité précise; il n'est donc point applicable si la tutelle a cessé par le décès ou par l'émancipation du mineur, ni lorsque les fonctions tutélaires ont pris fin *a parte tutoris* : dans ces diverses éventualités, le mineur lui-même n'a plus besoin de protection puisque le compte est rendu, ou bien à ses héritiers qu'on suppose indépendants par rapport au tuteur, ou bien à lui-même mais assisté de son curateur, ou enfin à un nouveau tuteur qui succède à l'ancien.

459. Sanction de l'article 472. — Si le règlement de tutelle intervenait entre l'ex-tuteur et le mineur devenu majeur avant l'expiration du délai de dix jours, et, plus généralement, en dehors de l'observation des règles édictées par l'article 472, cet acte serait atteint d'une *nullité relative* que le mineur serait seul admis à invoquer et qu'il pourrait donc couvrir au moyen d'une confirmation, mais à la condition que l'acte confirmatif ne fût pas atteint du même vice que le règlement confirmé, ce qui suppose notamment l'expiration du délai de dix jours de l'article 472.

460. — C'est pourquoi, il nous semble très douteux que l'acte irrégulier puisse être validé par la prescription décennale de l'article 1304 : cette prescription, qui repose sur une présomption légale de confirmation, court seulement du jour où le vice dont l'acte était infecté a disparu; or, on ne voit pas comment, en notre matière, le vice dont il s'agit (inobservation des règles de l'art. 472) pourrait disparaître en dehors d'une confirmation effective qui enlèverait toute signification pratique à la confirmation présumée par voie de prescription; les années ont beau s'écouler, il n'en reste pas moins que, par exemple, le compte a été rendu avant l'expiration du délai de dix jours. Cependant, la majorité

des auteurs admettent que l'action de nullité est susceptible de s'éteindre ainsi par application de l'article 1304.

461. — 4° Aussi longtemps que le compte n'est pas rendu et apuré, le mineur, devenu majeur, ne peut consentir de libéralités au profit de son ex-tuteur (art. 907, § 2), à moins que celui-ci ne soit un ascendant (art. 907, § 3).

462. — 5° Si le compte fait ressortir un reliquat en faveur du pupille, le tuteur en doit les intérêts de plein droit, à dater du jour de la clôture du compte, et indépendamment de toute sommation, de toute demande (art. 474, § 1) ; cette règle, dérogatoire au droit commun (art. 1153, § 3), s'explique comme les précédentes, par la préoccupation de protéger en quelque sorte le mineur malgré lui : on ne veut pas le placer dans l'obligation d'envoyer l'huissier à son ci-devant tuteur.

463. II. **Règle favorable au tuteur.** — Elle concerne le *délai* au cours duquel il peut être recherché en responsabilité par l'ex-pupille; en droit commun, ce délai eût été de trente ans (art. 2262) ; le législateur a pensé que la solution serait dure, appliquée à un administrateur qui, d'ordinaire, n'est point rétribué, et il a substitué à la règle normale une règle de faveur : la prescription s'accomplit par *dix ans* (art. 475).

Il faut préciser la portée de cette disposition :

1° D'abord, et sans aucun doute, elle ne vise que les actions du mineur contre le tuteur, *sans réciprocité;* c'est seulement l'action *tutelæ directa* qui se prescrit par dix années; l'action *tutelæ contraria*, appartenant au tuteur contre son ex-pupille, est régie par le droit commun de la prescription trentenaire;

2° Même en ce qui concerne les actions appartenant au mineur contre son ex-tuteur, il y a des distinctions et des réserves à faire; l'article 475 ne vise, en effet, que les actions relatives aux « *faits de la tutelle* », telle la *demande en reddition de compte*, ou une *demande en responsabilité* basée sur une faute du tuteur, ou l'*action en redressement* du compte : une somme a été omise au chapitre des recettes, un chiffre a été enflé à celui des dépenses.

Mais les autres actions, celles qui ne sont pas relatives aux faits de la tutelle, sont gouvernées par le droit commun : non seulement lorsqu'elles sont totalement étrangères à la tutelle, ce qui est de toute évidence, mais aussi, ce qui est plus contestable encore que couramment admis, l'*action en*

revendication des biens pupillaires demeurés en la possession du tuteur; l'*action en paiement du reliquat* du compte; et même les *demandes en rectification* d'erreurs purement *matérielles* commises dans le compte : on considère que de telles actions ne sont pas relatives aux *faits de la tutelle*, qu'elles ne remettent pas en cause la gestion du tuteur; elles ne se prescrivent que par trente ans.

464. — Quant au *point de départ* de la prescription décennale, la loi le fixe à la *majorité* du pupille (art. 475); solution libellée en termes trop généraux et qui ne vaut, en réalité, que pour les cas où la tutelle a cessé par l'arrivée à la majorité ou par l'émancipation du mineur; si celui-ci vient à décéder, il est évident que la prescription court aussitôt, en dépit de la formule trop rigide de l'article 475.

APPENDICE A LA TUTELLE

La tutelle de fait

465. — Bibliographie : Sumien, *Les tuteurs de fait*, *Rev. trimest.*, 1903, p. 781.

466. Vue générale. — Au cours de cette étude de la tutelle, on a presque toujours supposé que le tuteur avait été régulièrement investi de ses fonctions, qu'il avait donc qualité pour gérer, qu'il faisait figure de *tuteur de droit*.

Mail il arrive assez fréquemment qu'une personne gère le patrimoine d'un mineur sans avoir qualité pour le faire; qu'elle se comporte comme le ferait un tuteur, sans en posséder le titre : on dit alors qu'il y a *tutelle de fait*.

467. Précisions. — Le sujet, qui soulève de nombreuses polémiques à raison de la disette des textes le concernant, doit être serré de plus près; et le plus sûr moyen, pour connaître le domaine de la tutelle de fait, est encore de signaler les situations qui n'en font point partie :

1° Certainement, il n'y a pas tutelle de fait par cela seul qu'une tutelle a été irrégulièrement constituée : c'est ainsi que le défaut de nomination d'un subrogé a pour seules conséquences possibles la responsabilité et la destitution du tuteur, lequel n'en conserve pas moins, jusqu'à la décision prise par le conseil de famille, son titre et ses fonctions;

2° Il faut se garder de confondre avec la tutelle de fait, la *tutelle provisoire* qui est imposée, dans certains cas, par un

texte de loi, soit au tuteur sortant (*sup.* 453*bis*), ou qui a demandé à être déchargé de la tutelle (art. 440), soit à ses héritiers (art. 419); cette *tutelle provisoire* ou *continuée* est bien une véritable tutelle de droit, puisque c'est le Code civil lui-même qui l'institue;

3° L'organisation et le fonctionnement régulier d'une tutelle de droit rendent inconcevable l'existence d'une tutelle de fait : celui qui administre tous les biens ou certains biens du mineur sous le contrôle du tuteur, est un mandataire, mais non un tuteur de fait (Trib. civ. Thonon, 10 fév. 1933, *D. P.* 1934, 2, 116, et la note);

4° Enfin, il reste à savoir si le tuteur qui continue à gérer alors que son pupille est devenu majeur, doit être considéré comme un tuteur de fait; sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont très divisées; les partisans de la négative font observer qu'il ne saurait être question de *tutelle*, même de fait, là où il n'y a plus de *mineur*; l'*ancien tuteur*, qui persévère dans sa fonction en vertu de la force acquise, est, suivant les cas, un mandataire ou un gérant d'affaires, mais il n'est plus un tuteur, même de fait (*Sic* : Sumien, *op. cit.*). Il nous semble que la distinction que l'on veut ainsi établir suivant qu'il existe ou non encore un mineur, est quelque peu subtile et artificielle : les faits de gestion postérieurs à la majorité sont, en réalité, de même signification juridique que ceux qui ont précédé cet événement; les uns et les autres gravitent autour de la tutelle, dont ils sont fonction; les uns comme les autres sont accomplis, par leur auteur, dans le même esprit, dans l'ambiance tutélaire; il nous paraît excessif et même peu juridique d'établir entre eux une coupure brutale; comme le dit la Cour de cassation : « ... il n'y a pas lieu de distinguer l'administration tutélaire proprement dite de celle qui s'est prolongée après la majorité du pupille; ... la tutelle est présumée durer tant que le tuteur a continué de gérer sans avoir rendu son compte... » Civ., 15 nov. 1898 (*D. P.*, 1904, 1, 465; *S.*, 1899, 1, 140); *Contra*, Angers, 23 fév. 1853 (*S.*, 1853, 2, 289, *D. P.*, 1853, 2, 429).

468. Cas de tutelle de fait. — Si l'on admet nos conclusions sur ce dernier point, les principaux cas de tutelle de fait seront les suivants :

1° L'*ancien tuteur* a continué sa gestion après que le mineur a atteint sa majorité;

2° Le *subrogé tuteur*, outrepassant ses attributions, prend en main les intérêts du mineur et administre son patrimoine

(par exemple au cas d'éloignement ou de maladie du tuteur);

3° Un tuteur *démissionnaire* ou *destitué* continue néanmoins sa gestion;

4° *Une tutrice* se marie ou se remarie sans avoir consulté à ce sujet le conseil de famille; elle est alors déchue de la tutelle, *de plein droit*, mais elle reste solidairement responsable avec son mari des suites de la tutelle indûment conservée (art. 395).

Dans ces cas, sûrement dans les trois derniers, sauf controverse dans le premier, il y a tutelle de fait : que faut-il en conclure; quelle est la condition juridique du tuteur de fait? Quel est le sort des actes par lui passés?

469. Condition juridique du tuteur de fait. — Bien que la détermination de cette condition ait suscité de nombreuses divergences d'appréciation, on s'accorde assez généralement à infliger au tuteur de fait l'application des règles protectrices des intérêts du pupille; il ne faut pas qu'un usurpateur soit mieux traité que l'administrateur régulier, et surtout le mineur a besoin d'être protégé contre le premier plus encore que contre le second — par exemple à raison de l'influence que le mari peut exercer sur la tutrice qui s'est mariée ou remariée sans avoir avisé le conseil de famille.

Par application de cette directive, on décide que le tuteur de fait est responsable de toutes ses fautes, même légères; qu'il est redevable, de plein droit, des intérêts des sommes non employées par lui; qu'il ne peut acheter les biens du mineur ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre lui (art. 450, §3), ni passer de traité avec lui, au sens de l'article 472, tant que la reddition de compte n'a pas été effectuée; en fin, que ses immeubles sont grevés de l'hypothèque légale de l'article 2135 — 1° (Req., 23 avril 1902, *S.*, 1904, 1, 506; *D. P.*, 1902, 1, 309).

Il y a, au contraire, des difficultés pour faire bénéficier le tuteur de fait de la prescription décennale de l'article 475; on soutient qu'ayant commis une faute il n'est point digne d'une mesure de faveur. Cependant, la jurisprudence, renonçant à scinder le droit de la tutelle pour en distraire les règles favorables au tuteur, décide que le tuteur de fait peut opposer au mineur, comme le tuteur de droit, la prescription de dix ans. (*Sic* : Civ., 15 fév. 1882, *S.*, 1882, 1, 248; *D. P.*, 1883, 1, 111).

470. Sort des actes accomplis par le tuteur de fait. — Ces actes, réserve faite de ceux qui sont purement *conservatoires* et dont l'urgence, ainsi que le caractère inoffensif, assurent la validité, ne peuvent être considérés comme réguliers, puisqu'ils émanent d'une personne qui n'avait pas qualité pour y procéder : leur *nullité* est admise couramment.

Les divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de déterminer les caractères de cette nullité. La première impression est favorable à une nullité *absolue*, puisque l'acte émane d'une personne n'ayant pas qualité pour le passer. Mais, à la réflexion, on s'aperçoit que cette conception se retournerait contre le mineur, puisque la nullité pourrait être invoquée par la contre-partie et puisque, d'autre part, le mineur n'aurait pas la ressource de confirmer l'acte irrégulier. Or, il est bien évident que la nullité encourue existe avant tout dans l'intérêt du mineur que l'on veut protéger contre la gestion d'un intrus; aussi la tendance est-elle plutôt favorable à l'idée d'une nullité *relative* dont le mineur seul peut se prévaloir si mieux il n'aime la faire disparaître en confirmant l'acte irrégulier. Mais on ne peut pas dire que la jurisprudence actuelle soit nettement fixée dans un sens ou dans l'autre.

§ II. — L'ADMINISTRATION LÉGALE

471. Historique. — Le régime de l'*administration légale* qui s'adresse aux mineurs non émancipés ayant leurs deux auteurs vivants, n'était pour ainsi dire pas réglementé par le Code civil; un seul texte, alors fort laconique, l'article 389, s'y référait. Cette quasi-carence législative devait susciter quantité de controverses, notamment sur les pouvoirs de l'administrateur légal que les uns voulaient modeler sur ceux du tuteur, tandis que d'autres leur donnaient un plus libre essor en excipant du droit de la puissance paternelle dont l'administration légale ne représente que l'un des attributs.

Cependant, la jurisprudence s'efforçait d'introduire de l'ordre et de la sécurité dans ce chaos, et elle y était parvenue assez heureusement en faisant prévaloir un certain nombre de directives et de solutions qui devaient être enfin consacrées par la loi du 6 avril 1910, puis retouchées par une loi du 9 juillet 1931; comme il arrive fréquemment, la pratique judiciaire avait frayé la voie au législateur, et le droit *coutumier* était appelé à devenir un jour le droit *écrit*;

si la loi dont il s'agit est une des moins mauvaises parmi celles de l'époque contemporaine, elle le doit, sans doute, à ses origines, à cette circonstance que le terrain avait été préparé par la jurisprudence et par la doctrine. Malheureusement, le législateur a procédé par voie de retouches successives à l'article 389 qui, après avoir été un des textes les plus brefs du Code civil, est devenu un véritable petit Code dans le grand, d'autant qu'il avait été précédemment allongé par une autre loi du 2 juillet 1907.

472. Idées maîtresses. — Le législateur de 1910 est parti de cette idée fondamentale, déjà acceptée en jurisprudence et par la majorité des auteurs, que l'administration légale constitue, non point une variété, une réduction de la tutelle, mais bien *un attribut de la puissance paternelle*, au même titre, par exemple, que les droits de correction, d'éducation, de jouissance légale; elle est ainsi exercée par l'auteur de l'enfant, non point en tant que tuteur — par hypothèse il n'y a pas de tutelle — mais en qualité de détenteur de la puissance paternelle.

D'autre part, et parce que les deux parents sont vivants, il n'y a ici *ni conseil de famille, ni subrogé*.

473. Plan. — On examinera :

1° *Dans quels cas* il y a administration légale;

2° *A qui* elle appartient;

3° Quels sont les *pouvoirs* de l'administrateur légal;

4° Quelles sont ses *obligations* et en quoi consistent les *garanties* du mineur;

5° Comment ce régime *prend fin*.

474. I. Cas dans lesquels il y a administration légale. — L'administration légale est le régime auquel sont soumis les mineurs non émancipés, enfants légitimes, dont les deux auteurs sont actuellement vivants, et sans qu'il y ait lieu de distinguer, ni d'après le sexe de l'enfant, ni suivant son âge, ni d'après la situation des parents : la séparation de corps, ni même le divorce de ceux-ci, ne sont point des causes d'ouverture de la tutelle (art. 389, § 3).

En somme, la grande majorité des mineurs non émancipés sont en état d'administration légale et non de tutelle.

475. II. A qui appartient l'administration légale. — Suivant les cas, au *père*, à la *mère*, à un *tiers*.

1° Au *père*. C'est la règle (art. 389, § 1) : le père a, durant le mariage et en principe, l'exercice de la puissance pater-

nelle; il est donc rationnel qu'il soit investi de l'administration légale, attribut de ladite puissance;

2° A la *mère*. Il faut supposer : ou bien que le père est *déchu de l'administration légale* (art. 389, §§ 2 et 9); ou qu'il est *absent* (art. 141, *sup.*, n° 355 et *inf.* n° 1086); ou *interdit*, ou pourvu d'un *conseil judiciaire* (art. 389, § 9), ou *déchu de la puissance paternelle* (même texte).

Dans ces diverses éventualités, la mère est investie de l'administration légale *de plein droit*, en dehors de toute décision judiciaire (art. 389, § 2).

Au cas de *décès* du père, on sait qu'il y a lieu, non à administration légale, mais bien à tutelle.

En cas de *divorce* ou de *séparation de corps* entre les parents, l'administration légale appartient à celui d'entre eux qui obtient la *garde* de l'enfant, à moins cependant que le tribunal n'ait ordonné autrement (art. 389, § 3; *inf.*, n° 981);

3° A un *tiers*; il en va ainsi dans une série d'éventualités;

a) Les deux auteurs de l'enfant sont privés de l'administration légale : le tribunal, saisi par requête, nomme alors, par décision rendue en chambre du conseil, un autre administrateur (art. 389, § 4).

Cependant, il n'en va nécessairement ainsi qu'au cas où la déchéance porte directement sur l'administration; si elle intéresse la puissance paternelle elle-même, il est possible que l'administration disparaisse pour faire place à la tutelle (même texte; *sup.* n° 355);

b) Une *opposition d'intérêts* s'affirme entre l'administrateur et le mineur, par exemple à l'occasion d'une convention à passer entre eux ou d'un procès qui les divise; le père ne saurait alors représenter les deux intérêts contraires; il ne doit pas être *auctor in rem suam* : le tribunal nommera un administrateur *ad hoc*, dont les pouvoirs seront limités à l'acte à accomplir, à la situation à dénouer (art. 389, § 4);

c) *Des biens ont été donnés ou légués à l'enfant sous la condition qu'ils seront administrés par un tiers.* — Cette mesure de défiance à l'égard du père est légitimée par l'article 389, § 4; elle sortira ses pleins effets.

476. III. Pouvoirs de l'administrateur légal. — La querelle soulevée par le laconisme du Code civil a été apaisée par le législateur du 6 avril 1910 qui, consacrant la jurisprudence précédemment établie, et partant de cette donnée que l'administration légale, à la différence de la tutelle, ne comporte pas de conseil de famille, pas plus d'ailleurs que de subrogé, décide que l'administrateur aura seulement à sol-

liciter, à l'occasion, l'autorisation du tribunal, ce qui revient à formuler les principes suivants :

1° L'administrateur peut accomplir seul, *sans aucune autorisation ni homologation*, les actes que le tuteur peut faire, soit seul, soit avec l'autorisation du conseil de famille;

2° Il peut accomplir *avec la seule autorisation du tribunal* les actes pour lesquels le tuteur a besoin et de l'autorisation du conseil et de l'homologation judiciaire.

Article 389, § 6.

Les pouvoirs de l'administrateur sont donc sensiblement plus étendus que ceux du tuteur; ils lui permettent, par exemple, d'accepter librement une donation ou une succession, d'intenter une action immobilière ou de provoquer un partage, ou encore d'aliéner les valeurs mobilières ou de convertir les titres au porteur en titres nominatifs jusqu'à concurrence de 7.500 fr. (1.500 fr. avant la loi du 9 juill. 1931 qui a appliqué ici le coefficient 5; Voy. *sup.* n^{os} 411 et 423) : c'est seulement au delà de ce chiffre que l'autorisation du tribunal devrait intervenir (art. 389, § 8, qui renvoie aux dispositions, du moins à certaines dispositions de la loi du 27 fév. 1880, notamment à l'art. 2, mod. par la loi du 9 juillet 1931). En ce qui concerne les *placements* des capitaux du mineur, la jurisprudence a une tendance toute naturelle à exiger, au delà de 7.500 francs et en correspondance avec l'opinion qu'elle consacre pour la tutelle (*sup.* n° 433), l'autorisation du tribunal (Douai, 26 juill. 1934, *S.* 1935, 2, 5).

La symétrie entre les pouvoirs de l'administrateur et ceux du tuteur est donc constante, compte tenu de l'absence ou de l'existence d'un conseil de famille et d'un subrogé; il est cependant un acte pour lequel elle est rompue, sans raison valable d'ailleurs : c'est la *transaction* : l'article 389, § 8, ne renvoie qu'au dernier alinéa de l'article 467; c'est donc que le premier alinéa qui exige, pour la transaction intéressant un mineur en tutelle, l'avis de trois jurisconsultes, est sans application sous un régime d'administration : l'autorisation du tribunal suffira.

477. IV. Obligations de l'administrateur et garanties du mineur. — De même que l'administrateur a des pouvoirs plus étendus que ceux du tuteur, il encourt une moindre responsabilité, et cela parce qu'il détient, par hypothèse, la puissance paternelle dont l'administration légale représente l'une des prérogatives.

Sans doute, il doit administrer en *bon père de famille* (art. 389, § 5); mais ce même texte ajoute qu'il est « *respon-*

sable de son administration dans les termes de droit commun »; il semble bien résulter de là que, mandataire non salarié, le père puisse bénéficier de la modération de responsabilité admise par l'article 1992, § 2.

Sans doute aussi, l'administrateur doit *rendre compte* de sa gestion, et alors conformément aux règles de la tutelle, car l'article 389, § 11, renvoie aux articles 469, 471 à 475; sans doute encore, il doit faire emploi des capitaux s'élevant, jadis, à plus de 1.500 francs et, depuis la loi du 9 juillet 1931, à plus de 7.500 francs (art. 2 de cette loi modifiant l'art. 389, § 7, c. civ.; on remarquera que ce chiffre est fixé par la loi, d'une façon invariable, et non par le conseil de famille comme en matière de tutelle; il n'y a pas, ici, de conseil de famille), et convertir les titres au porteur en titres nominatifs (art. 389, § 7); mais il faut observer, d'abord que la loi n'impartit aucun délai à l'administrateur pour l'accomplissement de ces devoirs, et, d'autre part, qu'elle décide formellement, comme en matière de tutelle d'ailleurs (*sup.*, n° 439), que les tiers n'auront à surveiller ni l'emploi, ni la conversion dont l'inaccomplissement n'engagerait donc aucunement leur responsabilité (même texte, *in fine*); et comme, d'autre part, il n'y a, sous le régime de l'administration, ni subrogé, ni conseil de famille, la seule sanction consisterait dans la déchéance de l'administrateur, par application de l'article 389, § 9, solution excessive et qui interviendra bien rarement.

On se demande si l'administrateur est tenu de procéder à l'*inventaire* des biens du mineur; aucun texte, en effet, ne lui impose cette obligation; mais il nous semble qu'elle est virtuellement contenue dans l'obligation plus générale de se comporter comme un bon père de famille (art. 389, al. 5). La sanction pourrait être soit la déchéance de l'administration légale (art. 389, al. 9), soit surtout l'admission, contre le coupable, de tous les modes de preuve, y compris la preuve par commune renommée. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'administrateur déclare, lors de la rédaction de l'inventaire, les créances qu'il aurait contre le mineur : l'article 451 est spécial à la tutelle.

478. — De plus, il est certain que les immeubles de l'administrateur, à la différence de ceux du tuteur, ne sont point grevés d'une *hypothèque légale* au profit du mineur : c'était la solution admise en jurisprudence avant 1910 et il ressort des travaux qui ont présidé à l'élaboration de la loi du 6 avril 1910 qu'on a entendu ne rien changer sur ce point.

479. Autres différences apparentes entre la tutelle et l'administration légale. — La loi n'impose à l'administrateur ni l'obligation de vendre les meubles corporels, ni celle de faire fixer la dépense annuelle du mineur, ni même celle de *faire emploi des économies réalisées sur les revenus*. Mais on sait que de telles obligations n'incombent point au tuteur lorsqu'il est le père ou la mère de l'enfant (*sup.* n^os^ 439 et suiv.); et comme l'administration légale appartient normalement à l'un ou à l'autre des auteurs, on voit que la différence entre les deux régimes s'évanouit pour ne réapparaître que dans les cas exceptionnels où c'est un tiers qui a la charge de l'administration.

480. V. Comment cesse l'administration légale. — Différentes circonstances peuvent mettre fin à l'administration légale, les unes *absolument*, les autres *relativement* à l'administrateur; d'autres encore tantôt absolument et parfois relativement.

A. L'administration cesse *absolument* :

1° Par l'arrivée de l'enfant à la *majorité*;

2° Par son *émancipation*;

3° Par son *décès*;

4° Par le *décès de l'un des parents*, lequel donne ouverture à la tutelle.

B. L'administration cesse *relativement*, quant à la personne de l'administrateur :

1° Par son *interdiction* (art. 389, § 9);

2° Par la nomination d'un *conseil judiciaire* qui lui est donné pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité (même texte);

3° Par la *déchéance* « *pour cause grave* » (même texte); elle ne peut être prononcée que par le tribunal qui apprécie la gravité des griefs : malversations, incapacité, inertie;

4° Enfin, il arrive que le *divorce* ou la *séparation de corps* déterminent un changement de titulaire de l'administration qui peut alors passer du père à la mère (art. 389, § 3).

C. *Circonstances à effets variables.* — On pourrait ranger dans cette catégorie le *divorce* et la *séparation de corps*; mais on doit surtout y faire figurer : la *déchéance de la puissance paternelle* et l'*absence*.

1° La *déchéance de la puissance paternelle* met fin *absolument* à l'administration lorsqu'elle est encourue par les deux parents, et aussi lorsque, le père étant seul déchu, le tribunal a refusé à la mère l'exercice de la puissance paternelle et s'est prononcé pour l'ouverture de la tutelle (L. 24 juillet 1889, art. 10).

Mais l'administration ne fait que changer de main lorsque, dans cette dernière éventualité, le tribunal a laissé à la mère l'exercice de la puissance paternelle.

Il arrive même que la déchéance ne modifie pas la situation antérieure : lorsqu'elle atteint la mère seule, le père conserve l'administration, comme auparavant;

2° L'*absence* produit, elle aussi, des résultats variables :

a) Si c'est le père qui est absent, la mère hérite de l'administration (art. 141 et 389, § 9); il en est ainsi du moins jusqu'à ce que l'absence soit déclarée, car alors la tutelle s'ouvre, et l'administration cesse donc absolument (*sup.*, n° 355);

b) Au cas d'absence de la mère, le père conserve l'administration jusqu'au jugement déclaratif qui substitue la tutelle au régime antérieur (*sup.*, n° 355).

481. Récapitulation : Différences avec la tutelle. 1° La cause première, essentielle, de toutes ou presque toutes les différences énumérées, réside dans cette circonstance que le mineur a ses deux parents; la mère est là qui exerce, sur le père, un contrôle officieux. C'est pourquoi le régime de l'administration légale ne comporte ni conseil de famille, ni subrogé; pourquoi aussi l'administrateur n'a à compter, officiellement, qu'avec le tribunal;

2° D'autre part, l'administration légale, à la différence de la fonction tutélaire, est rattachée étroitement à la puissance paternelle, ce qui explique un certain nombre d'immunités dont elle bénéficie, et, notamment, l'atténuation de la responsabilité de celui qui l'exerce;

3° Enfin, il faut considérer que, pratiquement et dans la grande majorité des cas, le mineur soumis au régime de l'administration n'a que peu de biens; on ne voit pas, en dehors de circonstances exceptionnelles (libéralité, succession d'un frère ou d'une sœur), d'où la fortune pourrait lui être venue, alors qu'il n'est encore qu'un adolescent ou un très jeune homme et que ses parents sont tous deux vivants. Dans ces conditions, la protection des intérêts pécuniaires n'offre qu'un intérêt assez secondaire, et ainsi s'explique que les immeubles de l'administrateur échappent à l'hypothèque légale, comme aussi, au sentiment de nombre d'auteurs, que l'obligation de faire inventaire ne lui incombe pas, soit à l'origine soit au cours de ses fonctions.

DEUXIÈME DIVISION

Régime de protection institué pour les mineurs émancipés

LA CURATELLE

482. Nécessité d'un régime de protection. — Le mineur émancipé procède, sans assistance aucune, aux actes de *pure administration* (*Sup.* n^os^ 327 et suiv.) ; pour les actes plus graves, l'incapacité subsiste et appelle donc un remède. Seulement, comme le mal est moins profond et moins étendu que pour le mineur non émancipé, le traitement est plus bénin : il consiste, non dans un organisme de *représentation*, mais simplement dans un organisme d'*assistance* qui a nom la *curatelle*.

Nous en décrirons l'*organisation* et le *fonctionnement*.

§ I. — ORGANISATION DE LA CURATELLE

483. Vue générale. — Cette organisation est plus simple que celle de la tutelle : *il n'existe pas de subrogé*. Les rouages se réduisent donc au *curateur*, au *conseil de famille* et au *tribunal*; ces deux derniers, dont l'intervention est intermittente, ne soulèvent pas de difficultés particulières et on se reportera à ce que nous en avons dit précédemment en traitant de la tutelle. (*Sup.* n^os^ 384 et suiv.).

484. Le curateur. — Ce rouage essentiel est lui-même moins compliqué, dans son organisation tout au moins, que ne l'est la fonction tutélaire : tandis qu'il peut y avoir pluralité de tuteurs (*sup.*, n^os^ 368 et suiv.), le mineur émancipé n'a jamais qu'un *unique* curateur; et alors qu'on distingue de nombreuses catégories de tuteurs d'après leur origine, il n'existe, à cet égard, que deux sortes de curateurs, les uns *datifs*, les autres *légaux*.

Encore ces derniers n'apparaissent-ils que dans des cas exceptionnels.

485. La curatelle légitime. — 1° Elle intervenait jadis pour les *pupilles de l'Assistance publique* : au cas d'émancipation de l'enfant assisté, c'était, de plein droit, le fonctionnaire chargé de la manutention des deniers et de la gestion des biens du mineur, qui devenait curateur (L.

27 juin 1904, art. 14, § 3), c'est-à-dire, pratiquement, à Paris le receveur de l'Assistance publique, dans les départements le trésorier-payeur général (art. 15 de la même loi); mais ce régime a été modifié par la loi du 18 décembre 1906 : aux termes de l'article 14, § 3, nouvelle rédaction, « *en cas d'émancipation, le conseil de famille charge l'un de ses membres des fonctions de curateur* »; ce premier cas de curatelle légitime a donc disparu.

2° Il est généralement admis que la *femme mariée mineure* a pour curateur légal son mari, du moins si celui-ci est lui-même majeur; cette opinion, consacrée en jurisprudence, est étayée notamment sur l'article 506 aux termes duquel le mari est de plein droit tuteur de sa femme interdite, ainsi que sur l'article 2208, § 2 qui, dans un cas particulier (saisie d'un immeuble appartenant en propre à la femme), se contente de l'autorisation du mari majeur. Ces arguments sont bien peu consistants : autre chose est la situation d'une femme atteinte d'aliénation mentale, autre chose celle d'une femme mineure et saine d'esprit; il faut bien que la femme interdite ait un tuteur et il est naturel, si elle est mariée, que ce tuteur soit le mari; mais il est moins nécessaire que la femme mineure soit en curatelle, protégée qu'elle est déjà par la puissance maritale et la nécessité qui lui est imposée de recourir à l'autorisation du mari ou de la justice : l'incapacité qui la frappe, en tant que femme mariée, mineure ou majeure, masque cette autre incapacité inhérente à la minorité et rend donc superflue, semble-t-il, l'organisation de toute curatelle. Quant à l'article 2208, § 3, il ne précise nullement si le mari intervient à l'acte en tant que mari ou en qualité de curateur.

La controverse offre assez peu d'intérêt pratique, précisément parce que la femme mineure est déjà incapable en tant que femme mariée; cependant, nous verrons que la femme *séparée de biens* a, si elle est majeure, *la libre administration* de sa fortune et qu'elle peut, par exemple, recevoir un capital et en donner quittance (*inf.* n° 608). Or, un tel acte excède la capacité d'un mineur émancipé, lequel ne saurait procéder seul qu'aux actes de *pure administration* (art. 481 et 484, § 1); et, d'autre part, il ne saurait être question, pour le mari, de prester une autorisation *en cette qualité*, puisque sa femme, étant séparée de biens, n'est point frappée d'incapacité, pour l'administration de sa fortune et *en tant que femme mariée*. Il est alors intéressant de constater que la femme mineure, émancipée par son mariage, se trouve, de plein droit et *ipso facto*, sous la curatelle de son mari; celui-ci devra lui donner son assistance

en tant que curateur légal. On évite ainsi la réunion d'un conseil de famille pour la désignation d'un curateur *ad hoc*. (*Sic* : Req., 4 fév. 1868, *S.* 1868, 1, 441, *D. P.* 1868, I, 393.)

Si le mari est lui-même mineur, il ne saurait assumer la curatelle de sa femme qui semble alors échoir à son propre curateur.

486. La curatelle dative. — En dehors de cette éventualité, la curatelle est toujours *dative* : elle est déférée par le conseil de famille; le curateur *ad hoc*, nommé au cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et son curateur, est d'origine dative.

En *Alsace* et en *Lorraine*, c'est le tribunal des tutelles qui procède à la nomination (L. 1er juin 1924, art. 22, § 3).

487. Incapacité, exclusion, etc. — Le curateur est soumis aux mêmes causes d'incapacité, d'exclusion, de destitution que le tuteur, et il peut invoquer les mêmes causes d'excuse.

D'après le Code civil, les femmes, incapables d'être tutrices, ne pouvaient pas davantage assumer la curatelle; la loi du 20 mars 1917, qui a fait disparaître la première incapacité, a également abrogé la seconde (art. 480, § 1, nouv. réd.) : si la curatrice est mariée, elle doit obtenir l'autorisation maritale (art. 480, § 2).

§ II. — FONCTIONNEMENT DE LA CURATELLE

488. — Les différences avec la tutelle vont ici s'accentuer : dans la tutelle, le tuteur apparaît au premier plan; il est un personnage *représentatif*, au sens littéral du mot; il parle et il agit au nom de son pupille, en toute occurrence ou à peu près, et il a le maniement des deniers comme il a l'administration des biens pupillaires. Au contraire, *le curateur n'est point le représentant du mineur émancipé*; de plus, il arrive assez fréquemment que son intervention, réduite à la forme de l'assistance, ne soit pas requise.

Nous allons reprendre ces deux propositions et en vérifier le bien-fondé.

I. — *Le curateur ne représente point le mineur émancipé*

489. Rôle du curateur. — Il n'est nullement le représentant, le porte-parole du mineur émancipé; il n'agit pas en son nom; c'est le mineur qui figure sur la scène juri-

dique, au premier plan, lui qui prend les initiatives ou qui subit celles d'autrui, lui qui propose, qui conclut et qui signe les actes, même les plus graves; *il est à la tête de ses affaires*; il est son propre gérant. Le curateur n'intervient jamais que pour l'assister; sa mission est toute de surveillance et de contrôle.

Encore cette mission a-t-elle revêtu, dans la pratique, une forme atténuée : strictement, l'assistance impliquerait la présence du curateur à l'acte; en fait, on est moins exigeant; on comprend l'*assistance* comme une simple *autorisation*. Or, l'autorisation, à la différence de l'assistance, n'est pas nécessairement contemporaine de l'acte; elle peut être donnée à l'avance, par anticipation. Par exemple, le curateur autorisera le mineur à recevoir ultérieurement un capital mobilier : c'est une véritable *déformation* que reçoit ainsi, dans la pratique, la notion de l'assistance.

490. Corollaires du rôle secondaire du curateur. — A cette idée que le curateur ne représente pas le mineur et qu'il reste au second plan, doivent être rattachées les solutions suivantes :

1° Sa *responsabilité* est moins lourde que celle du tuteur, puisqu'il ne manie pas les deniers du mineur; comme le subrogé, il ne répond que de son dol et de sa faute lourde, à moins qu'il n'ait manqué à un devoir que la loi aurait mis spécialement et expressément à sa charge (art. 482 qui lui enjoint de surveiller l'emploi du capital reçu par le mineur avec son assistance);

2° Les immeubles du curateur ne sont pas grevés d'une *hypothèque légale*, précisément parce qu'il n'a pas le maniement des deniers du mineur et que, vraisemblablement et sauf les cas où sa responsabilité sera mise en jeu, il ne sera pas constitué débiteur à raison de grosses sommes;

3° Pour la même raison, *il n'aura pas de comptes à rendre*; il n'a pas géré le patrimoine d'autrui.

II. — *L'intervention du curateur n'est pas toujours exigée*

A cet égard, trois catégories d'actes sont à distinguer :

491. 1. Actes de pure administration. — Pour toute cette catégorie d'actes, l'intervention du curateur n'est aucunement requise : le mineur émancipé y procède librement, sans pouvoir invoquer ensuite une lésion subie, mais en ayant la ressource, à l'occasion, de la réduction pour cause d'excès (*Sup.* n° 331).

Nous avons défini précédemment les actes de cette nature (*Sup.* n^os^ 327 et suiv.).

492. II. **Actes complètement interdits.** — Ce sont ceux qui sont impossibles pour le compte du mineur non émancipé : *les libéralités entre vifs* et, d'une façon plus générale, *tous les actes à titre gratuit*, y compris, par exemple, le *cautionnement*, le *compromis*, l'*acceptation pure et simple* d'une succession.

Il est à remarquer que l'émancipation n'élargit pas la capacité de *tester* du mineur; elle demeure partielle et limitée comme auparavant, à partir de seize ans (art. 904).

493. III. **Actes permis, moyennant l'accomplissement de certaines formalités.** — A. **Principe.** — Pour les actes non interdits mais qui passent les limites de la pure administration, le principe est formulé par l'article 484, § 1, dans les termes suivants : le mineur émancipé ne peut procéder à de tels actes « *sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé* ». C'est là une *directive essentielle*.

494. B. **Applications.** — Cette formule postule les applications suivantes :

1° Pour les actes auxquels le tuteur du mineur non émancipé ne peut procéder qu'avec l'autorisation du conseil plus l'homologation du tribunal (vente d'immeubles, emprunt), il conviendra d'accomplir ces formalités;

2° Lorsque le tuteur doit se munir exclusivement de l'autorisation du conseil (acceptation ou répudiation d'une succession, exercice d'une action immobilière), il suffira d'obtenir l'agrément de cette assemblée;

3° Enfin, s'agit-il d'un acte auquel le tuteur pourrait procéder librement, sans autorisation, le mineur émancipé aura la capacité de l'accomplir avec la seule assistance du curateur.

495. — A la réflexion, cette dernière catégorie d'actes peut sembler purement illusoire; car, les actes que le tuteur peut accomplir seul, ce sont les actes d'administration, donc ceux-là mêmes pour lesquels la capacité du mineur émancipé est complète : il n'aura même pas besoin de l'assistance du curateur. Dès lors, ou bien une formalité spéciale devra intervenir, ou bien le mineur émancipé agira seul, sans assistance.

Cependant, il existe des actes pour lesquels l'assistance du curateur est *à la fois nécessaire et suffisante*; pour les

découvrir, il faut se rappeler que la capacité du mineur émancipé est limitée aux actes de *pure* administration, alors que le pouvoir constitue pour le tuteur le principe et qu'il a donc la libre administration du patrimoine de son pupille. L'écart entre les deux formules, entre les deux critères, donne les actes pour lesquels l'assistance du curateur est à la fois nécessaire et suffisante, à savoir :

1° La *réception d'un capital mobilier*; cet acte n'est pas de pure administration et le mineur émancipé ne saurait donc y procéder seul (art. 482); mais le tuteur, lui, l'accomplit librement, sans formalité spéciale (*sup.*, n° 432); d'où il faut conclure que le mineur émancipé y procédera avec la seule assistance de son curateur;

2° Même raisonnement pour les dépenses nécessitées par les *grosses réparations* (*sup.*, n^os^ 329 et 432);

3° Pour les aliénations qui, portant sur des meubles corporels, ne rentrent pas dans la classe des actes de pure administration (*sup.*, n^os^ 329 à 432);

4° Pour la *défense à une action immobilière* (art. 482 cbn. art. 464); et aussi, dans l'opinion communément reçue, pour l'*exercice* d'une action concernant l'état du mineur (*sup.*, n° 417);

5° Également, mais *sauf controverse*, pour le *placement des capitaux du mineur* (*sup.*, n^os^ 329 à 433);

6° Enfin, l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante pour la *reddition* au mineur du *compte* du tuteur ou de l'administrateur légal (art. 480, § 1).

496. C. **Les dérogations au principe.** — La formule de l'article 484, § 1, ne reçoit pas toujours une application rigoureuse; l'économie du système a été troublée, soit par le Code civil lui-même, soit par la loi du 27 février 1880, soit aussi par la législation commerciale.

1° *Textes du Code civil.* — Il en est plusieurs qui, contrairement à la directive donnée par l'article 484, se contentent de l'assistance du curateur alors que, d'après ce texte, l'autorisation du conseil de famille serait nécessaire; et nous rencontrons ainsi de nouveaux actes pour lesquels ladite assistance est *à la fois nécessaire et suffisante* :

a) C'est l'*acceptation d'une donation* (art. 935, § 2);

b) La *demande en partage d'une succession* : l'autorisation du conseil devrait être requise par combinaison de l'article 465 avec l'article 484; or, il ressort de l'article 840 que l'assistance du curateur suffira, *même pour provoquer le partage*;

c) L'*exercice d'une action immobilière* (art. 482).

Pour ces différents actes, le critère de l'article 484, § 1, est pris en défaut; *le mineur émancipé les accomplit plus facilement que le tuteur*, puisqu'il n'a pas besoin de convoquer à cet effet le conseil de famille dont l'agrément n'est point demandé.

497. 2° Loi du 27 février 1880. — Cette loi a établi, pour l'*aliénation des meubles incorporels* et pour la *conversion des titres nominatifs en titres au porteur*, une distinction qui ne s'imposait pas. D'après les articles 4 et 10, le principe directeur inscrit dans l'article 484, § 1 s'applique exactement aux mineurs qui ont été émancipés *expressément en cours de tutelle*; ceux-là doivent obtenir, jusqu'à 7.500 fr. l'autorisation du conseil, au delà cette autorisation homologuée par le tribunal.

Mais deux autres catégories de mineurs émancipés échappent à ce régime, savoir :

1° Ceux qui ont été émancipés, *tacitement*, par leur mariage, survenu ou non en cours de tutelle;

2° Ceux qui ont été émancipés *expressément alors qu'ils n'étaient point en tutelle*.

Ces deux catégories ne sont point visées par la loi de 1880 et demeurent donc soumises au régime antérieurement en vigueur. Ce régime, quel était-il? On admettait alors que le mineur émancipé pouvait aliéner, *avec la seule assistance de son curateur*, tous ses meubles incorporels, qu'elle qu'en fût la valeur, sauf cependant en ce qui concerne les rentes sur l'Etat et les actions de la Banque de France pour lesquelles existaient des textes restrictifs spéciaux (L. 24 mars 1806 et D. 25 sept. 1813); et comme ces derniers documents législatifs ont été abrogés par la loi du 27 février 1880, article 12, il reste que l'assistance du curateur suffit dans tous les cas.

Voilà donc encore un acte à ajouter à la liste des opérations pour lesquelles cette assistance est à la fois nécessaire et suffisante.

498. — Pourquoi cette distinction entre deux catégories d'émancipés? Pourquoi avoir limité le bénéfice de la protection de la loi de 1880 aux mineurs émancipés expressément en cours de tutelle? On a dit, pour justifier cette rupture de l'unité du régime juridique applicable à ces incapables, que l'émancipation survenue en cours de tutelle présentait moins de garanties que celles qui interviennent au cours de l'administration légale ou du fait du mariage; mais ce motif, de valeur très discutable, aurait conduit plutôt à établir

l'opposition entre les mineurs émancipés par un de leurs parents et ceux qui l'ont été par le conseil de famille. En réalité, le législateur semble s'être complu à compliquer les choses en fragmentant un régime dont l'unité aurait constitué un des principaux mérites.

499. Remarque. — En terminant sur cette loi de 1880, il faut signaler que sont seules applicables au mineur émancipé les dispositions relatives à l'aliénation des meubles incorporels et à la conversion des titres nominatifs en titres au porteur (art. 4 et 10), *à l'exclusion* des prescriptions afférentes à l'emploi des sommes disponibles (art. 6), ou à l'obligation de convertir les titres au porteur en titres nominatifs (art. 5) : et c'est encore là une complication de plus apportée dans cette matière par une loi fertile en distinctions de toute sorte.

499*bis*. 3° **Législation commerciale.** — Lorsqu'il s'agit, pour le mineur émancipé, de faire le commerce, l'habilitation doit émaner du père, sinon de la mère, sinon du conseil de famille dont la délibération est soumise ensuite à l'homologation du tribunal (C. com., art. 2, mod. par la loi du 28 mars 1931) : le curateur n'a pas à intervenir. L'autorisation ne peut être donnée que si le mineur a dix-huit ans accomplis; l'acte d'autorisation doit être inscrit sur le registre du commerce du lieu où le mineur entend établir son domicile commercial (même texte).

500. D. **La précision du principe : Etendue de la mission d'assistance dévolue au curateur.** — La mission du curateur s'arrête, d'un côté, aux actes de pure administration, pour lesquels la capacité du mineur émancipé est complète; et l'on peut se demander si elle ne s'arrête pas, d'autre part, devant les actes pour lesquels la loi exige des formalités particulières: autorisation du conseil, homologation du tribunal. Il semble, en effet, que l'intervention de telles autorités rende superflue celle du curateur qui ferait double emploi avec elle; d'ailleurs, un incident des travaux préparatoires vient à l'appui de cette opinion; les mots « *sous l'assistance du curateur* » qui, sur la proposition du Tribunat, devaient figurer dans le premier alinéa de l'article 484, ont disparu de la rédaction définitive où il n'est plus question que des « *formes prescrites au mineur non émancipé* », parmi lesquelles l'assistance du curateur ne saurait être comprise. Enfin, cette conception cadre exactement avec la disposition de l'article 2 C. com. qui, pour

l'habilitation du mineur émancipé à faire le commerce, passe sous silence, on vient de le voir, l'intervention du curateur.

Bien que cette opinion rallie la majorité des suffrages de la doctrine, nous préférons, tout en reconnaissant la difficulté du problème, celle qui exige, dans tous les cas et du moment que l'acte excède les limites de la pure administration, l'assistance du curateur :

1° Il serait, en effet, singulier que cette assistance devînt inutile à raison même de la gravité de l'acte à accomplir; on comprend bien que des formalités supplémentaires viennent se superposer à elle (comme, en matière de tutelle, elles s'ajoutent à l'intervention tutélaire); on s'expliquerait moins qu'elles l'éliminassent purement et simplement;

2° Dans la conception dominante, les actes auxquels le curateur doit participer seraient une rareté, puisqu'il faudrait éliminer, pour les trouver, et les actes de pure administration et, à l'inverse, ceux qui supposent pour leur validité, l'autorisation du conseil de famille; le rôle du curateur prendrait ainsi une allure épisodique qui ne cadre nullement avec la tradition;

3° Enfin, cette élimination presque constante de l'assistance curatoriale ne serait pas de nature à affermir l'autorité du personnage appelé à la fournir à titre accidentel et dont le rôle friserait le ridicule, puisqu'il ne serait pas même celui d'une « utilité ».

Aussi comprend-on que, *dans la pratique*, l'assistance du curateur soit toujours exigée du moment qu'un acte excède les limites de la pure administration; et cet usage explique qu'il n'existe point de jurisprudence sur la question.

501. Sanctions des règles d'habilitation.

1° Lorsque les règles prescrites ont été observées, l'acte est aussi solide que s'il eût émané d'un majeur, réserve faite, *pour les actes de pure administration*, de l'application possible de la théorie de la *réduction pour cause d'excès*. (*Sup.* n° 331);

2° Si les règles n'ont pas été observées, les sanctions varient suivant les circonstances :

a) Est-ce une formalité proprement dite qui n'a pas été observée (autorisation du conseil, homologation du tribunal)? L'acte est alors annulable pour vice de forme, ou, si l'on veut, pour *incapacité de contracter*;

b) Si c'est seulement l'assistance du curateur qui a été négligée, l'acte est simplement *rescindable pour cause de lésion* (art. 1305 cbn., art. 1311), l'intervention du curateur

comme celle du tuteur (*Sup.* n° 320) n'étant point considérée comme une formalité proprement dite. Le demandeur devra donc prouver la lésion.

502. — Il est à remarquer que c'est le mineur émancipé lui-même qui a qualité pour agir en nullité ou en rescision, au lieu que, sous le régime de la tutelle, l'action est exercée, en cours de tutelle par le tuteur, ultérieurement par le mineur devenu majeur.

TROISIÈME DIVISION

Régimes de protection institués pour les enfants naturels et pour certaines catégories particulières

503. Le régime du Code civil. — Le législateur de 1804 s'était fort peu occupé de la condition des enfants naturels, c'est-à-dire des enfants conçus hors mariage : il avait à peu près fermé les yeux sur une situation dont l'irrégularité le choquait. Mais on ne supprime pas une difficulté en la traitant par le silence et par le dédain; de nombreux enfants existaient dont les auteurs n'étaient pas mariés et dont il fallait bien, en dépit de toutes les préventions et de tous les préjugés, régler le sort.

Ce sort était, dans l'état des textes et de la jurisprudence, vraiment lamentable. D'une part, en effet, il était admis que le régime de l'*administration légale* était sans application possible aux enfants naturels; cette conclusion se dégageait de la teneur de l'article 389, § 1, ancienne rédaction, d'après lequel « le père est, *durant le mariage*, administrateur des biens personnels de son enfant mineur »; il ne pouvait donc s'agir, pour cette catégorie d'enfants, que de tutelle. Or, d'autre part, la Cour de cassation n'admettait point que les auteurs de ces enfants eussent qualité de *tuteurs légaux*.

Dans ces conditions, la seule ressource consistait dans la *tutelle dative*; mais son organisation impliquait la réunion du conseil de famille, alors que la famille d'un enfant naturel est réduite à sa plus simple expression, car un tel enfant, nous le verrons (*inf.* n^{os} 1176 et 1239) ne possède point d'autres ascendants que ses auteurs immédiats; il n'entre point, fût-il reconnu par ceux-ci, dans la famille à laquelle

ils appartiennent. Force était donc de recourir à des étrangers, à des amis, à des indifférents, si bien que pratiquement, aucun conseil de famille n'était constitué et l'enfant demeurait complètement isolé, sans tuteur, sans représentant officiel.

Il est vrai que, le plus souvent, l'enfant naturel n'a guère de biens, et qu'à cet égard la nécessité d'un représentant qualifié ne se faisait que rarement sentir. Mais certaines éventualités pouvaient surgir qui faisaient apparaître cette nécessité, par exemple la survenance d'un accident dont l'enfant se trouvait être la victime; si l'auteur responsable du dommage se refusait à le réparer, une instance devait être engagée et elle ne pouvait l'être que par un représentant qualifié de l'enfant : dans le système du Code civil et d'après la jurisprudence alors en vigueur, ce représentant n'existait point. (Paris, 28 juill. 1892, *D. P.*, 1892, 2, 544.)

504. — Cette situation de paria faite à l'enfant naturel émut l'opinion publique; un projet de loi fut déposé pour assurer « *la protection des enfants naturels* »; il devait aboutir à la loi du 2 juillet 1907 qui — comme plus tard celle du 6 avril 1910 — fut incorporée dans l'article 389.

505. Le régime actuel. Economie générale. — 1° Le législateur du 2 juillet 1907 accepte, comme point de départ, la solution jurisprudentielle consacrant l'absence de toute administration légale; il a considéré que les parents de l'enfant naturel, même s'ils l'ont reconnu tous deux, offrent moins de garanties que ceux de l'enfant légitime; ils forment, en effet, une société moins étroite, moins stable, n'étant pas unis par le mariage; la mère ne serait pas à même d'exercer un contrôle effectif sur l'administration du père auquel on ne saurait donc accorder les larges pouvoirs inhérents à l'administration légale;

2° Mais, ce point de départ admis, on ne laisse pas l'enfant sans protection; à défaut d'administrateur légal, il aura un tuteur, dans tous les cas, quelle que soit la situation de ses auteurs, qu'ils l'aient ou non reconnu tous deux, qu'ils vivent ensemble ou séparément. Il suffit que l'un deux l'ait reconnu pour que la tutelle s'organise et pour qu'elle fonctionne effectivement.

Cette tutelle quelle est-elle?

506. La tutelle des enfants naturels. — Le principe est qu'elle est conforme à celle des enfants légitimes; article 389, § 14 : « Sous ces réserves, et à l'exception des articles

394 et 402 à 416, *toutes les dispositions du présent titre sont applicables à la tutelle des enfants naturels mineurs.* »

Le point de départ est donc l'assimilation de la tutelle des enfants naturels à celle des enfants légitimes; mais la règle comporte des amendements et des dérogations de très haute importance.

507. Différences entre la tutelle des enfants légitimes et celle des enfants naturels. — Les différences fondamentales sont les suivantes :

I. A la différence des enfants légitimes non émancipés pour lesquels la loi organise deux régimes de protection, savoir l'administration légale et la tutelle, *les enfants naturels sont toujours et invariablement en tutelle* (à moins, bien entendu, qu'ils n'aient été émancipés) et alors même que les parents vivraient ensemble, maritalement. Cette solution ressort de la concordance des paragraphes 1 et 12 de l'article 389, nouvelle rédaction : d'après le premier de ces textes, « le père est, du vivant des *époux*, administrateur légal, etc. », formule qui évoque l'existence du lien conjugal entre les auteurs de l'enfant; cette évocation est corroborée par le 12e alinéa d'après lequel : « *celui des parents naturels qui exercera la puissance paternelle n'administrera toutefois les biens de son enfant mineur qu'en qualité de tuteur légal...* »

Donc, jamais d'administration légale pour l'enfant naturel; mais, toujours et en toute occurrence, la tutelle.

508. II. Désignation du tuteur et qualité de la tutelle. — Comme celle de l'enfant légitime, la tutelle de l'enfant naturel peut être *légale*, *testamentaire* ou *dative*.

La tutelle *testamentaire* n'appelle pas d'observation particulière : c'est le survivant des auteurs de l'enfant qui peut désigner un tuteur testamentaire, dans les formes et les conditions précédemment décrites pour la tutelle de l'enfant légitime. (*Sup.* n° 365.)

Au contraire, de nombreuses particularités sont à signaler tant pour la tutelle *légale* que pour la tutelle *dative*.

509. — A. Pour la tutelle *légale*.

1° Au lieu que la tutelle légale de l'enfant légitime appartient au survivant des père et mère, celle de l'enfant naturel est attribuée à celui de ses auteurs qui exerce la puissance paternelle (art. 389, § 12), c'est-à-dire, comme nous le verrons (*inf.* n° 1243), à celui qui l'a reconnu en premier lieu, et, s'il y a eu double reconnaissance simultanée, au père.

D'ailleurs, au cas de décès de l'un des parents, c'est le survivant qui est tuteur légal, puisque c'est lui qui exerce la puissance paternelle (art. 383, § 1);

2° Tandis qu'il existe, pour les enfants naturels, au-dessous de la tutelle légale des père et mère, celle des *ascendants* plus éloignés, c'est uniquement de la première qu'il peut s'agir pour l'enfant naturel; car, nous l'avons déjà noté, celui-ci n'a pas, juridiquement, d'autres ascendants que ses père et mère; les auteurs de ceux-ci ne lui sont pas unis par un lien de parenté, puisqu'il n'entre pas dans la famille de ses propres auteurs. Aussi, l'article 389, § 14, déclare-t-il inapplicables à la tutelle des enfants naturels les articles 402 et suivants qui, précisément, organisent la tutelle légitime des ascendants;

3° A la différence de la mère de l'enfant légitime, celle de l'enfant naturel ne saurait décliner purement et simplement la tutelle (art. 389, § 14, qui déclare inapplicable l'art. 394): elle serait seulement admise à faire valoir une cause d'excuse.

510. — B. Pour la tutelle *dative*.

1° Elle est incomparablement plus fréquente que pour l'enfant légitime, d'abord parce que la tutelle légale des ascendants est ici impraticable, ensuite parce qu'il arrive souvent que l'enfant n'ait été reconnu que par un seul de ses auteurs; une disparition unique suffira à faire sortir la tutelle dative;

2° Surtout, il y a cette particularité essentielle que la tutelle dative est déférée, non par le conseil de famille, mais bien par *le tribunal*.

Nous touchons ici à une nouvelle différence capitale entre les deux ordres de tutelles.

511. III. **Haute-tutelle.** — Dans la tutelle d'un enfant légitime, c'est le conseil de famille qui constitue le rouage normal et essentiel de toute tutelle; mais lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel, « *les fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes sont remplies... par le tribunal de première instance...* » (art. 389, § 13).

Le tribunal de première instance est donc substitué au conseil de famille dont il hérite les fonctions.

Cette substitution était rendue nécessaire, on le sait, par la situation de famille de l'enfant naturel, situation défavorable et réduite : le conseil de famille, déjà difficile à réunir pour la sauvegarde des intérêts d'un enfant légitime, devient une fiction pour l'enfant naturel dont la famille

se réduit *au grand maximum* à ses deux auteurs et à ses frères et sœurs, ces derniers généralement trop jeunes pour figurer dans une assemblée de ce genre; on en était réduit à faire appel à des amis qui se trouvaient être souvent des curieux ou des indifférents. Il fallut donc renoncer à la conception familiale de la haute-tutelle pour se rallier à la conception étatiste qui a trouvé ainsi une brèche importante par où s'insinuer.

512. — La substitution du tribunal au conseil de famille a une *portée générale* : l'autorité judiciaire nomme, non seulement le tuteur, s'il y a lieu, mais aussi le *subrogé*, et, à l'occasion, le *délégué* prévu par un décret-loi du 30 octobre 1935 (*inf.* n° 513*bis*); c'est le tribunal qui *organise* la tutelle, lui qui *autorise* le tuteur à accomplir les actes pour lesquels la loi exige l'agrément du conseil de famille, lui qui décide sur les *excuses* alléguées par le tuteur, qui prononce sa *destitution* s'il y a lieu, etc.; *il fait vraiment fonction de conseil de famille, à tous égards.*

La réforme comporte d'ailleurs une conséquence assez curieuse : à cause d'elle, le mineur se trouve privé, pour les actes particulièrement graves, d'une des garanties instituées par le Code civil, à savoir l'*homologation*; il est évident, en effet, que le tribunal ne peut pas homologuer sa propre autorisation; il fait, en quelque sorte, d'une pierre deux coups en se contentant d'autoriser l'acte, par exemple un emprunt ou une vente d'immeuble.

513. Tribunal compétent. — C'est celui du domicile du parent investi de la tutelle *au moment où il a reconnu l'enfant* (art. 389, § 13) : c'est donc la reconnaissance qui fixe définitivement la compétence du tribunal, pour toute la durée de la tutelle. S'il n'y a pas eu de reconnaissance (la filiation de l'enfant a pu être établie officiellement par un autre procédé, *inf.*, n^{os} 1185 et suiv.), le tribunal compétent est celui du lieu de la *résidence* de l'enfant : de la résidence et non du domicile; cette solution est symptomatique de la tendance moderne à accroître l'importance de la résidence par rapport à celle du domicile. (*Sup.* n° 228.)

Le tribunal statue, *en chambre du conseil*, soit sur l'initiative des auteurs de l'enfant ou de l'un d'eux, soit à la requête du ministère public, soit même d'*office* : il peut se saisir lui-même, par dérogation au droit commun en matière de procédure (même texte).

513*bis*. Délégué. — Un des nombreux décrets-lois qui portent la date du 30 octobre 1935 est venu autoriser la nomination d'un *délégué chargé de veiller sur les intérêts moraux et matériels des enfants naturels*. Ce nouveau personnage tutélaire est désigné par le tribunal de première instance; la désignation est d'ailleurs facultative; elle a lieu soit d'office, soit sur réquisition du procureur de la République, et quand bien même la tutelle aurait été régulièrement organisée, mais *uniquement si l'enfant n'a été reconnu ni par son père, ni par sa mère*; c'est alors seulement qu'il est à craindre que le tuteur, qui est un étranger, ne s'acquitte pas de ses fonctions au mieux des intérêts du mineur et que se justifie, au sentiment du législateur, la nomination d'un délégué qui proposera « *toutes mesures utiles à la personne et à la conservation des biens du mineur* », mesures qui seront appliquées par le tribunal, s'il y a lieu, à la requête du procureur de la République. Si l'enfant naturel vient à être reconnu par l'un de ses auteurs, le délégué cessera aussitôt et d'office l'exercice de ses fonctions.

Cette création d'un nouveau rouage de la tutelle est bien dans la ligne de la technique législative française contemporaine, avide de complications; nous doutons que le besoin s'en fît sentir et qu'elle donne des résultats : un délégué nommé par le tribunal va surveiller le tuteur, lui-même désigné par le tribunal, et déjà contrôlé par un subrogé, lui aussi choisi par la même juridiction : on ne distingue pas en quoi et pourquoi le surveillant présenterait plus de garanties que le surveillé, déjà contrôlé par le subrogé tuteur, et alors qu'il a les mêmes origines que ceux-ci; pourquoi ne pas faire surveiller le délégué par un super-délégué, lui aussi nommé par le tribunal?

514. Ce qui reste du principe. — Malgré ces très nombreuses et importantes dérogations qui lui sont apportées, le principe de l'assimilation des deux ordres de tutelle conserve un champ d'application fort étendu : la tutelle de l'enfant naturel comporte un *subrogé tuteur* (art. 389, § 12); les règles relatives aux *pouvoirs* du tuteur et à sa *responsabilité* trouvent ici leur application, comme celles qui président à la *reddition des comptes*; enfin, les immeubles du tuteur sont, conformément au droit commun, grevés de l'*hypothèque légale* de l'article 2135 — 1°.

515. Emancipation. — A cet égard encore, l'enfant naturel est traité, autant que possible, comme s'il était légitime. Il y a seulement lieu de noter :

1° Que l'émancipation doit être consentie par celui des auteurs qui exerce la puissance paternelle;

2° Qu'à défaut d'un tel auteur, et par exemple si la filiation de l'enfant n'a pas été officiellement établie, c'est au tribunal qu'il appartiendra, par application du principe général inscrit dans l'article 389, § 13, de consentir à l'émancipation.

516. La tutelle des pupilles de l'assistance publique. — La situation de ces pupilles est régie par la loi du 27 juin 1904, modifiée à différentes reprises, notamment par les lois du 18 décembre 1906 et du 23 juillet 1925. Cette législation est applicable à diverses catégories d'enfants, *naturels* ou *légitimes, notamment* aux *enfants trouvés*, nés de parents inconnus, et aux enfants *matériellement abandonnés*.

Ces enfants sont, à moins qu'ils n'aient été émancipés, en position de tutelle, leur tuteur étant, *pour le département de la Seine*, le directeur de l'Assistance publique, *dans les autres départements*, le préfet ou l'inspecteur départemental (art. 11 de la loi de 1904).

517. — Cette tutelle offre de nombreuses particularités, dont certaines ont été précédemment signalées, mais que nous groupons ici :

1° Le tuteur ne gère pas les deniers pupillaires; son rôle se limite au gouvernement de la personne du pupille dont les intérêts pécuniaires sont confiés au receveur de l'Assistance publique de Paris, ou, dans les départements autres que celui de la Seine, au trésorier-payeur général. Aussi les immeubles du tuteur ne sont-ils pas grevés d'une hypothèque générale, ceux du receveur ou du trésorier-payeur non plus d'ailleurs : mais les cautionnements de ces derniers garantissent l'exécution de leurs obligations.

Sous le bénéfice de ces très importantes réserves, les attributions du tuteur sont celles que fixe le Code civil. (L. 27 juin 1904, art. 13, modif. par L. 23 juill. 1925);

2° La tutelle ne comporte pas de subrogé tuteur (art. 13 de la loi);

3° Le conseil de famille, improprement nommé, est composé de sept membres élus par le Conseil général du département et renouvelés tous les quatre ans (art. 12). En principe, les attributions de ce conseil sont celles que détermine le Code civil, notamment à l'occasion du mariage de l'enfant, de son émancipation, de son adoption (art. 13 modifié par L. 23 juill. 1925).

Au cas d'émancipation, on sait comment est nommé le curateur. (*Sup.* n° 485.)

518. Enfants dont les parents ou l'un d'eux ont été déchus de la puissance paternelle. — Cette éventualité ne détermine pas invariablement l'ouverture de la tutelle, et, à supposer qu'elle la détermine, il appartient au tribunal d'opter entre la tutelle de droit commun et celle de l'Assistance publique. (*Sup.* n° 355.) Nous n'avons rien à ajouter à ce que nous venons de dire à ce dernier sujet, en ce qui concerne les pupilles de l'Assistance publique, et c'est seulement la tutelle « *constituée dans les termes du droit commun* » (art. 10 de la loi du 24 juill. 1889) qui appelle quelques remarques, car elle présente un certain nombre de particularités.

1° Le tuteur est choisi par le tribunal, mais il n'est pas tenu d'accepter la fonction qui lui est ainsi offerte. (L. 24 juill. 1889, art. 10, § 1);

2° On a vu que les immeubles de ce tuteur ne sont pas grevés d'une hypothèque légale (même loi, art. 10, § 2); le tribunal a seulement le pouvoir d'instituer une hypothèque qui présente les caractéristiques suivantes :

a) Par définition même, elle n'est point légale, mais *judiciaire*, puisque c'est le tribunal qui en décide la constitution;

b) Cette constitution est *facultative* pour lui, mais avec cette réserve qu'il ne peut l'ordonner qu'autant que « *le mineur possède ou est appelé à recueillir des biens...* » (même loi, art. 10, § 3);

c) L'hypothèque ainsi établie ne garantit la créance du mineur contre son tuteur que jusqu'à concurrence d'une somme fixée par le tribunal.

De toute façon, la sûreté prévue par le législateur de 1889 est donc infiniment plus souple que l'hypothèque légale de l'article 2135 — 1°, qui dépasse fréquemment le but à atteindre.

Deuxième Groupe d'Incapables

INCAPACITÉS ÉDICTÉES EN CONSIDÉRATION DE L'ÉTAT MENTAL

519. Généralités. — L'altération des facultés mentales est une des causes les plus nécessaires d'incapacité qui

soient : l'être privé de raison, totalement ou partiellement, n'est pas à même de faire œuvre de volonté consciente, donc œuvre juridique; les actes juridiques ne sauraient émaner que d'un cerveau lucide, apte à en saisir la signification et à en calculer la portée, et les actes illicites eux-mêmes ne peuvent engager, dans la conception française du moins [1], la responsabilité de celui qui les a accomplis inconsciemment, sans les avoir voulus; à dire vrai, celui-là n'en est pas l'auteur, au sens philosophique et juridique du mot.

520. Différentes formes d'altération des facultés mentales. — Cette altération peut être plus ou moins profonde et affecter les formes les plus variées (V. la note de M. Breton, *S.*, 1931, 2, 33); le Code civil distingue dans l'article 489, les trois états d'*imbécillité*, de *démence* et de *fureur*, expressions qui peuvent se passer de commentaires; mais la liste ainsi composée est assurément incomplète; il est des formes de *mélancolie*, de *neurasthénie*, de *monomanie* qui rejoignent l'aliénation mentale, et l'*ivresse* elle-même, l'*abus des boissons alcooliques*, ou tout simplement le *grand âge* sont de nature à déterminer un affaiblissement, une oblitération des facultés intellectuelles appelée à retentir sur la capacité du sujet (Nimes, 29 janv. 1890, *D. P.*, 1891, 2, 97); avec les progrès de la psychiatrie et de la neurologie, la division tripartite du Code de 1804 est singulièrement périmée et paraît simpliste à l'excès, mais elle reste capable d'abriter sous ses termes compréhensifs les formes les plus spécialisées et les plus modernes de l'insanité d'esprit : c'est au juge du fond qu'il appartient de décider si telle personne jouit ou non de la plénitude de ses facultés, et, dans le cas de la négative, d'apprécier la gravité de l'altération constatée; sur ces deux points, sa décision est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

521. Situation juridique de l'aliéné. — Plan. — La situation juridique d'un aliéné, en donnant à ce dernier

[1] MM. H. et L. Mazeaud estiment que, même en droit positif français, le dément, et, plus généralement, l'individu privé de raison, peut engager sa responsabilité par les actes illicites qu'il commet (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 2e éd., t. I, nos 448 et s.); mais cette conception n'est admise, ni en jurisprudence, ni, sauf par quelques auteurs, en doctrine; elle se concevrait dans un régime de responsabilité objective, à base de *risque*; elle ne s'harmonise pas avec un système de responsabilité subjective, qui repose, en principe et comme l'enseignent ces auteurs, sur la notion de *faute*.

mot son sens le plus compréhensif et le plus vague, dépend essentiellement des mesures qui ont pu être prises en vue de sa protection; il faut donc envisager successivement :

1° Les cas où l'aliéné n'a été l'objet d'aucune mesure de ce genre;

2° Celui, ou plutôt ceux où il est soumis à un régime particulier, destiné soit à le protéger contre lui-même, soit à obtenir sa guérison, soit enfin parfois à mettre le public à l'abri de sa fureur.

Section I. — SITUATION DE L'ALIÉNÉ QUI N'A ÉTÉ L'OBJET D'AUCUNE MESURE PARTICULIÈRE

522. Principe. — L'aliéné est frappé d'une incapacité *naturelle* tellement générale et tellement absolue qu'elle ne saurait guère être comparée qu'à celle de l'enfant; comme celui-ci, et davantage même, il est dépourvu de discernement; il n'a pas de volonté réfléchie, ses actes émanent, à vrai dire, d'une force étrangère (*aliena*) dont il est le jouet.

523. Conséquences. — 1° Tous les actes passés par l'aliéné sont également inefficaces, aussi bien une vente qu'un testament, un mariage qu'un emprunt ou un louage; les actes illicites eux-mêmes n'engagent point sa responsabilité (Montpellier, 30 juill. 1930, *S.*, 1931, 2, 33), pas plus devant la loi civile que pour la loi pénale, sauf à voir si d'autres personnes ne pourront pas être recherchées en réparation du dommage causé (art. 1384);

2° L'acte juridique passé par un dément est frappé d'une inefficacité intégrale, sans restriction aucune; ce n'est pas assez de dire qu'il est nul, puisque la volonté, pivot de tout acte de ce genre, a fait complètement défaut; on doit le considérer comme *inexistant*.

Telle n'est pas cependant la thèse jurisprudentielle : nos cours d'appel inclinent nettement à limiter la sanction à une simple nullité relative, à une annulabilité; elles assimilent ainsi l'*absence* totale de consentement à un simple *vice* du consentement, et elles en concluent que la prescription décennale de l'article 1304 peut faire ici son œuvre réparatrice, et aussi que la nullité ne saurait être proposée que par le dément ou ses représentants, à l'exclusion de la contre-partie (Bordeaux, 22 avril 1896, *D. P.*, 1896, 2, 455; voy. *Sup.* n° 153).

Il semble que ce soit surtout en vue de cette dernière solu-

tion que la jurisprudence ait édifié son système sur ce point : il ne faut pas qu'une sanction édictée pour cause d'incapacité, donc dans l'intérêt d'une personne déterminée, l'aliéné, soit utilisable par la contre-partie, généralement peu intéressante : le seul fait qu'elle ait traité avec un individu dépourvu de raison établit contre elle un préjugé fâcheux. D'ailleurs, on le verra par la suite, les actes passés par un aliéné qui a été l'objet de mesures spéciales — interdiction, internement — ne sont frappés que d'une nullité relative (*Inf.* n° 545) : pourquoi donc en irait-il autrement en l'absence de mesures de ce genre? Une telle différence de traitement ne se justifierait pas.

Ces considérations — la deuxième surtout — ne sauraient prévaloir contre cette idée simple et d'une vérité incontestable que l'acte conclu par un aliéné manque totalement de consentement : il doit donc être considéré comme inexistant, et on ne confirme pas le néant. S'il en va autrement dans les cas d'interdiction et d'internement, c'est que ces régimes ont pour effet de substituer à l'incapacité *naturelle* dérivant de la démence, une incapacité *civile*, plus ou moins artificielle, dont l'aménagement est assuré par des dispositions précises; l'acte est alors nul parce qu'il émane d'un individu interdit ou interné, non pas, à vrai dire, parce qu'il est l'œuvre d'un aliéné : ce dernier, une fois enrôlé dans une catégorie déterminée, n'est plus qu'un numéro auquel on applique le règlement juridique approprié. Ajoutons que l'article 1304 qui institue la prescription décennale des actions en nullité, vise les actes passés par des interdits, non ceux qui émanent d'aliénés non interdits : c'est donc que ces actes sont définitivement inopérants.

Nous concluons ainsi dans le sens de l'*inexistence* des actes de l'aliéné : tous intéressés pourront se prévaloir d'une inefficacité indélébile qui résiste à l'action du temps, comme à toute volonté ultérieure de confirmation.

524. Difficultés de preuve. — Seulement, la conclusion à laquelle nous arrivons suppose que l'acte a été accompli, non seulement par un aliéné, mais dans un moment et *sous le coup de la démence*; assez ordinairement, les aliénés ont des *intervalles lucides* au cours desquels ils se comportent normalement et sont à même d'agir en connaissance de cause, avec conscience et après réflexion. Les actes juridiques intervenus pendant ces périodes de rémission doivent être tenus, sans aucun doute, pour pleinement valables, et il faudra donc établir le départ entre deux catégories d'opérations, celles qui ont été passées *sous le coup de la démence*

et qui ne sauraient produire aucun effet, et puis celles qui se situent au cours d'un *intervalle lucide* et dont l'efficacité doit être reconnue dans les termes du droit commun.

Ce départ laisse pressentir une difficulté de *preuve* : étant donné un acte déterminé, émanant d'un individu dont les facultés mentales sont atteintes, à qui va incomber le fardeau de la preuve? Est-ce à l'aliéné ou à ses ayants cause qu'il appartient de démontrer que cet acte a été passé sous le coup de la démence? Ou bien demandera-t-on à la partie adverse d'établir que le contrat litigieux ressortit à une période de rémission?

Il est admis sans difficulté que la charge de la preuve incombe à celui qui excipe de l'inefficacité de l'acte : on ne saurait poser en principe, présumer l'inexistence d'un contrat; c'est au plaideur qui argue de cette éventualité exceptionnelle qu'il appartient d'établir le bien-fondé de son allégation, c'est-à-dire la conclusion de l'acte au cours d'une période de démence; cette preuve sera administrée soit par l'aliéné (au cours d'un intervalle lucide), soit par ses ayants cause, ses représentants (Montpellier, arrêt précité).

525. Disposition spéciale aux héritiers. — Les héritiers sont l'objet d'un traitement particulièrement rigoureux : en principe, ils ne sont pas admis à attaquer, pour cause de démence, les actes passés par leur auteur décédé (art. 504). C'est qu'en effet, la preuve de la démence au moment de l'acte, déjà difficile du vivant de celui qui l'a conclu, le devient bien davantage encore après son décès; le législateur se méfie des héritiers qui auront peut-être une propension fâcheuse, afin de se soustraire à l'exécution des engagements pris par leur auteur, à soutenir qu'ils ont été assumés sous le coup de la folie; ce n'est pas aisément que le tribunal pourrait éclairer sa religion sur ce point, alors que le principal intéressé n'est plus là pour s'expliquer et que le souvenir de sa personne, de son état mental, s'est déjà estompé dans le passé.

526. Cas exceptionnels. — Cependant, à titre exceptionnel, la loi autorise les héritiers à attaquer, pour cause de démence, les actes de leur auteur décédé :

1° Si l'acte porte *en lui-même* la preuve de cette démence : il est agencé de telle façon qu'il révèle la folie de celui qui l'a passé; il a été conclu à des conditions folles. Alors, il sera inefficace (art. 504) : la folie du défunt est établie par

la *preuve intrinsèque*, laquelle ne présente aucun danger, aucun aléa;

2° L'acte incriminé est une *donation* ou un *testament* : les héritiers seront admis à prouver qu'il a été passé sous le coup de la démence. C'est le sens, un peu divinatoire, que l'on donne à l'article 901 d'après lequel « *pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit* »; ou ce texte ne signifie rien (car l'aphorisme qu'il formule pourrait être reproduit pour un acte juridique quelconque), ou bien il veut dire que l'insanité d'esprit peut être proposée, s'il s'agit d'une libéralité, en tout état de cause et même par les héritiers du donateur ou du testateur, par dérogation au droit commun. D'ailleurs, le bénéficiaire de l'acte est ici moins intéressant, puisqu'il tend à réaliser un bénéfice, à s'enrichir purement et simplement. Enfin, et pour ce qui est du testament, refuser aux héritiers le droit de l'attaquer pour cause d'insanité d'esprit reviendrait à leur dénier toute ressource, puisque ce document, qui reste secret pendant toute la vie du testateur, n'est ouvert et ne produit d'effets qu'après son décès;

3° L'*interdiction* du défunt avait été demandée, provoquée avant son décès; sa mort est survenue au cours de la procédure. L'initiative qui avait été prise par la famille constitue un symptôme très grave, un préjugé en faveur de la démence : il ne s'agit pas là d'une histoire inventée après coup par les héritiers pour faire tomber les engagements assumés par leur auteur; et c'est pourquoi on leur permet d'attaquer l'acte pour cause de démence (art. 504).

Cette disposition soulève une difficulté : suffira-t-il aux héritiers, pour triompher, d'établir que l'acte incriminé est postérieur en date à la demande d'interdiction? Ou bien ne devront-ils pas, en outre, prouver la démence au moment même de l'acte? La première opinion se réclame de la construction grammaticale de l'article 504 qui unit, dans une même formule, l'interdiction *prononcée* et l'interdiction simplement *provoquée* avant le décès; or, dans le premier cas, il est certain que l'acte tombe de lui-même, sans qu'il soit besoin au demandeur de prouver qu'il a été passé effectivement sous le coup de la démence; il semble, dès lors, que la solution doive être la même, dans l'hypothèse mitoyenne où l'interdiction avait été seulement *provoquée*. Cependant, l'opinion contraire a été consacrée par la Cour d'Agen (8 mars 1926, *D. P.*, 1927, 2, 67) pour des raisons qui ne paraissent d'ailleurs pas très solides.

SECTION II. — DES MESURES QUI PEUVENT ÊTRE DÉTERMINÉES PAR L'ALIÉNATION MENTALE

527. Plan. — L'altération des facultés mentales détermine fréquemment telle ou telle mesure répondant aux intérêts de l'aliéné ou à ceux du public, savoir : l'*interdiction*, l'*internement*, la *dation d'un conseil judiciaire*.

§ I. — L'INTERDICTION JUDICIAIRE

528. Généralités. — Les aliénés peuvent être *interdits* : ils le sont *judiciairement*, en vertu d'un jugement.

A l'interdiction *judiciaire* on oppose l'interdiction *légale* qui frappe de plein droit, de par la loi même, les condamnés à des *peines criminelles* et qui constitue donc, dans une large mesure du moins, une pénalité accessoire au châtiment principal : travaux forcés, réclusion notamment.

L'interdiction judiciaire est, au contraire, dans tous les cas et exclusivement, une *mesure de protection* prise dans l'intérêt de l'aliéné.

529. Sources : Alsace et Lorraine. — L'interdiction est réglementée par le Code civil, dans le chapitre II du titre XI, livre I, articles 489 à 512; par la loi du 16 mars 1893, intégrée dans l'article 501, et aussi, indirectement, par la loi du 30 juin 1838 *sur les aliénés*.

En *Alsace* et en *Lorraine*, la réglementation de l'interdiction est composite : tandis que la loi française détermine la procédure à suivre (demande d'interdiction et instruction), l'organisation et le fonctionnement de la tutelle des interdits sont réglés par les lois locales; il en est de même des sûretés dont la prestation peut être imposée au représentant légal de l'interdit, réserve faite cependant de l'application de l'article 2121 relatif à l'hypothèque légale. (L. 1er juin 1924, art. 23.)

530. Plan. — On recherchera :

1° *Comment* et à *quelles conditions* un individu peut être frappé d'interdiction;

2° Quelle *situation juridique* est établie par le jugement d'interdiction;

3° Comment ce régime *prend fin*.

I. — *Comment et à quelles conditions un individu peut être frappé d'interdiction*

531. I. Qui peut être interdit. — L'interdiction est destinée aux seuls individus rentrant dans les catégories de l'article 489 qui distingue, en gros, les états d'*imbécillité*, de *démence* et de *fureur*. Les multiples tares, telles que la *surdité complète*, la *surdi-mutité*, la *décrépitude* due à l'âge, ne légitiment l'interdiction que dans la mesure où elles déterminent une altération des facultés mentales. Voyez pour la surdi-mutité, Besançon, 7 fév. 1911 (*S.*, 1911, 2, 216).

Mais, dans tous les cas, il faut que cette altération soit *profonde* et soit *habituelle*.

1° *Profonde* : la preuve en est que le Code civil prévoit un régime moins rigoureux que l'interdiction à l'usage des personnes dont le dérangement cérébral ne suffirait pas à justifier leur interdiction; on leur donne alors un *conseil judiciaire* (art. 499; *inf.* n° 562 et suiv.).

2° *Habituelle* : l'article 489 s'en explique expressément; ce qui ne signifie nullement que la démence doive présenter un caractère *continu* : les intervalles lucides ne font pas obstacle à l'interdiction; mais de simples accès de fièvre chaude ne suffiraient pas à la justifier.

532. Erreur du législateur. — L'article 489 semble exiger une autre condition, à savoir la *majorité* de l'aliéné; on ne pourrait donc pas provoquer l'interdiction d'un *mineur*. En réalité, le législateur a envisagé le cas normal; c'est rarement qu'il y aura lieu d'interdire un mineur; mais cette mesure peut cependant présenter un intérêt tenant à ce que l'incapacité de l'interdit est plus générale et plus profonde que celle du mineur, et surtout du mineur émancipé; d'autre part, il est à craindre que, dans l'intervalle qui s'écoulera entre l'arrivée à la majorité et le jugement d'interdiction, l'aliéné n'accomplisse des actes de nature à compromettre ses intérêts. Pour ces raisons, on admet généralement, et malgré la formule restrictive de l'article 489, que les mineurs eux-mêmes peuvent être interdits lorsqu'il y a opportunité à le faire.

533. II. Qui peut provoquer l'interdiction. — Les articles 490 et 491 donnent une énumération qui est limitative. Ont qualité pour agir : le *conjoint* et les *parents*, toujours; le *ministère public* parfois.

1° Le *conjoint* de l'aliéné et ses parents, légitimes ou naturels.

Pour le *conjoint*, il n'y a aucune réserve à faire.

Pour les *parents*, il semble bien que, dans la conception de notre législateur, le droit de provoquer l'interdiction marche de pair avec la vocation successorale, et que la demande ne puisse donc émaner que des parents ayant, par rapport à l'aliéné, la qualité de successibles, c'est-à-dire, pour la famille légitime, jusqu'au douzième degré (art. 755 modifié par L. 31 déc. 1917, art 17; le deuxième paragraphe maintient la vocation successorale jusqu'au douzième degré *lorsque le défunt n'était pas capable de tester*, ce qui est précisément le cas; comp. Rennes, 3 fév. 1930, *S.*, 1931, 2, 41).

Le droit de provoquer l'interdiction appartient aux parents *cumulativement* : le plus éloigné peut agir malgré la présence et l'inertie d'un plus proche;

2° Le *ministère public*; ses prérogatives et ses obligations varient avec l'état de l'aliéné (art. 491) :

a) Si celui-ci est un imbécile ou un dément, le procureur de la République ne peut agir qu'*en l'absence de conjoint et de parents connus*;

b) Au cas de fureur, la loi lui fait, non plus une faculté, mais une *obligation* de provoquer l'interdiction, même s'il y a des parents ou un conjoint connus et présents.

Cette dernière disposition n'est plus appliquée : elle avait jadis sa raison d'être, parce que, dans le régime du Code civil, l'interdiction était le préliminaire obligé de l'internement : on provoquait donc l'interdiction du furieux afin de pouvoir le faire interner. Mais, depuis la loi du 30 juin 1838, cette solidarisation des deux mesures a pris fin; on peut réaliser d'emblée l'internement, sans passer par l'interdiction, et c'est cette procédure rapide qui est suivie par les magistrats du Parquet.

534. — Aucune personne, en dehors de celles qui sont visées dans les articles 490 et 491 n'est qualifiée pour provoquer l'interdiction : ni un proche qui n'aurait pas la qualité juridique de parent (Paris, 17 déc. 1909, *D. P.*, 1911, 2, 214), ni un *allié* (c'est une différence importante entre la *parenté* et l'*alliance*), ni un *ami*, ni un *créancier*, ni enfin, du moins dans l'opinion communément admise, l'*aliéné* lui-même au cours d'un intervalle lucide.

535. III. **Procédure de l'interdiction.** — Elle s'engage par une requête adressée au président du tribunal de pre-

mière instance du domicile de l'aliéné, défendeur à la demande.

Le tribunal ainsi saisi doit *obligatoirement* prendre l'*avis de la famille* et procéder à l'*interrogatoire* du prétendu aliéné.

1° La famille est représentée, en la circonstance, par un *conseil de famille*, constitué, en principe, selon les règles édictées pour la tutelle (art. 494), mais avec ces particularités que le conjoint et les enfants en font partie avec voix délibérative, tandis que ceux qui ont provoqué l'interdiction en sont exclus (art. 495); de plus, si l'aliéné est *enfant naturel*, la disposition qui, en 1907, a substitué le tribunal de première instance au conseil de famille (art. 389, nouv. réd.), n'est point applicable, car l'article 494 ne renvoie qu'à la section IV du chapitre II du titre de *la minorité*, et non pas à l'article 389 : on réunira donc un conseil de famille, suivant le régime du Code civil; en fait, il se composera surtout d'amis (Bordeaux, 25 juill. 1910, *D. P.*, 1915, 2, 57, note L. Thomas).

On ne demande pas au conseil d'émettre une opinion ferme au sujet de la mesure projetée; on veut seulement recueillir son avis sur l'état mental du défendeur;

2° L'*interrogatoire* du prétendu aliéné constitue, lui aussi, une formalité strictement obligatoire; il a lieu soit en chambre du conseil, soit, en cas d'impossibilité, chez l'aliéné, par les soins d'un juge commis à cet effet et assisté du greffier (art. 496).

A la suite de cet interrogatoire, le tribunal peut commettre un administrateur provisoire « *pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur* » (art. 497).

Si le tribunal n'est pas suffisamment édifié par l'avis du conseil et par l'interrogatoire de l'intéressé, il ordonnera sans doute une *enquête*, c'est-à-dire qu'il entendra des *témoins*; mais cette mesure est *purement facultative* pour lui, aussi bien qu'une *expertise* qui pourrait être confiée par lui à un médecin.

536. Jugement. — Lorsque le tribunal est suffisamment édifié, il rend sa décision qui est susceptible d'intervenir dans l'un des trois sens suivants :

1° Le tribunal peut accueillir la demande et *prononcer l'interdiction*;

2° Il peut, à l'inverse, si l'état mental du défendeur lui semble normal, *rejeter* la demande, purement et simplement;

3° Il a enfin la faculté d'accepter un moyen terme en

donnant au défendeur, dont l'état mental laisse à désirer sans cependant équivaloir à la démence, un *conseil judiciaire* (art. 499).

La décision ne peut intervenir que sur les conclusions du ministère public, protecteur-né des incapables; elle est rendue en audience publique (art. 498); elle est toujours susceptible d'*appel*, avec cette particularité qu'au cours de l'instance d'appel l'interrogatoire du prétendu aliéné n'est plus obligatoire, mais devient simplement *facultatif* (art. 500); enfin, il faut noter que le jugement qui prononce l'interdiction n'est point susceptible d'*acquiescement*, l'état des personnes échappant à leur volonté.

537. Publicité. — La loi prend des mesures pour assurer la publicité de la décision prononçant l'interdiction; c'est qu'en effet les tiers ont le plus grand intérêt à être informés de la situation qui vient d'être créée et qui donne à l'aliéné un statut juridique particulier en le rendant incapable d'agir même pendant les intervalles lucides.

Ces mesures de publicité, telles qu'elles ont été instituées, les unes par le Code civil, d'autres par des dispositions ultérieures, sont les suivantes :

1° Le jugement ou l'arrêt d'interdiction doit être affiché, dans les dix jours : *a*) dans la salle de l'*auditoire* du tribunal; *b*) dans les *études des notaires* de l'arrondissement (art. 501, § 1);

2° Un extrait sommaire du jugement ou de l'arrêt doit être transmis, par l'avoué qui l'a obtenu, au greffe du tribunal du lieu de naissance de l'interdit, et cela dans le délai d'un mois à partir du jour où la décision a acquis l'autorité de la chose jugée. Ledit extrait sera mentionné par le greffier, dans un délai de quinze jours, sur un registre spécial dont toute personne peut obtenir communication, et, afin d'assurer l'observation de cette formalité, la loi veut que le greffier adresse à l'avoué, dans un nouveau délai de quinzaine, un certificat qui en constate l'accomplissement (art. 501, § 2, ajouté par L. 16 mars 1893, qui a institué cette mesure de publicité).

Si l'interdit était né à l'étranger, ou dans les colonies françaises, ou même si son lieu de naissance est inconnu, la mention sera inscrite sur un registre tenu au greffe du tribunal de la Seine (art. 501, § 3, ajouté par la même loi).

538. Sanctions. — Qu'arrive-t-il si les formalités de publicité prescrites n'ont pas été observées? On ne peut songer à priver le jugement d'interdiction de son efficacité :

ce serait porter atteinte à une règle d'ordre public, celle de l'autorité de la chose jugée; et ce serait aussi enlever à l'aliéné la protection dont la loi a voulu l'entourer. Les seules sanctions possibles consistent dans la responsabilité des coupables : *demandeur en interdiction* qui n'a pas requis l'affichage de la décision; *tuteur* de l'interdit; *notaire* qui, requis de procéder à l'affichage, n'a pas tenu compte de cette injonction; *avoué* du demandeur qui a négligé de transmettre au greffier un extrait du jugement; *greffier* qui n'a pas procédé à la transcription sur les registres.

Toutes ces personnes seront, à l'occasion, passibles de dommages-intérêts envers les tiers qui auraient traité avec l'interdit dans l'ignorance de sa situation juridique exacte : le contrat passé dans ces conditions est bien nul, mais la victime de la nullité est fondée à demander une réparation pécuniaire aux auteurs responsables de sa méprise.

De plus, l'avoué et le greffier encourent, s'ils n'ont pas rempli les obligations qui leur incombent, une *amende* de cinquante francs (art. 501, § 4).

II. — *Situation créée par le jugement d'interdiction Condition juridique de l'interdit*

539. Plan. — La décision qui accueille la demande d'interdiction produit des effets ressortissant aux deux catégories suivantes :

1° Elle *transforme l'incapacité* de l'aliéné;

2° Elle institue pour lui un régime de protection sous la forme d'une *tutelle*.

540. I. Le jugement ou l'arrêt d'interdiction transforme l'incapacité de l'aliéné. — La transformation se réalise dans une double direction : à un certain égard, l'incapacité est aggravée; si on l'envisage sous un autre aspect, elle est atténuée.

541. — A. L'incapacité de l'interdit se trouve aggravée en ce sens qu'elle acquiert désormais un caractère *continu* et *permanent*. Avant le jugement, l'aliéné était incapable dans ses moments de démence, mais capable dans ses intervalles lucides (*inf.* n° 524); à l'avenir, son incapacité ne comporte plus de solution de continuité; elle a été l'objet d'un aménagement régulier qui en change le caractère : de *naturelle* qu'elle était jadis, elle est devenue *civile*; l'acte passé par l'incapable n'est pas nul pour défaut de consentement, mais uniquement parce qu'il émane d'un interdit. En sorte

qu'on n'a plus à se préoccuper de l'état mental de celui-ci au moment de l'acte; comme le dit l'article 502, tous actes sont « *nuls de droit* » par cela seul qu'ils sont intervenus postérieurement à l'interdiction; ce qui signifie, non pas qu'ils sont atteints de nullité absolue — il faut se mettre en garde contre cette erreur d'interprétation — mais qu'ils tombent à raison de cette seule circonstance qu'ils se situent dans la période d'interdiction : comme on le dit volontiers, l'interdiction a pour effet de *supprimer légalement les intervalles lucides.*

542. Portée de l'aménagement de l'incapacité de l'interdit. — Il faut se demander si cet aménagement de l'incapacité de l'interdit, édictée par l'article 502, a une valeur absolue, de telle sorte que *tous les actes* passés par l'interdit soient frappés de nullité, *sans distinction tirée de leur nature* et sans qu'il y ait lieu de se référer à la distinction classique entre les moments de démence et les intervalles lucides; ou bien s'il ne convient pas de préparer à cette distinction un retour offensif pour certains actes.

543. — 1° C'est cette dernière solution qui prévaut pour les *actes illicites*; si un interdit commet un *délit* ou un *quasi-délit* alors qu'il se trouve dans un intervalle lucide, sa responsabilité sera engagée, comme l'indique le simple bon sens; d'ailleurs, il est manifeste que la formule de l'article 502 ne convient que pour les actes juridiques; elle vise, en effet, les actes *passés* par l'interdit : lorsque celui-ci commet un délit, il ne *passe* pas un acte.

544. 2° Pour les *actes juridiques* eux-mêmes, on se demande s'il ne convient pas d'appliquer la formule de l'article 502 avec discernement; elle conduit, en effet, si on lui reconnaît une valeur absolue, à des résultats très graves pour certains actes, ceux qui, à raison de leur caractère *strictement personnel*, ne peuvent émaner que de l'intéressé lui-même, à l'exclusion de son représentant, tels le *mariage*, le *testament*, la *reconnaissance d'un enfant naturel;* appliquer à ces actes la formule tranchante de l'article 502, revient en définitive à en rendre l'accomplissement tout à fait impossible pour l'interdit et transformer une simple *incapacité d'exercice* en une *incapacité de jouissance*, l'opération ne pouvant être réalisée ni par l'interdit lui-même à raison de l'article 502, ni par son représentant à cause du caractère strictement personnel qu'elle présente. Ce résultat a paru tellement dur qu'on a proposé de faire rétrocéder ici

l'aménagement établi par le législateur dans l'article 502 et de permettre à l'interdit de procéder aux actes en question dans ses intervalles lucides, comme il pouvait le faire antérieurement au jugement d'interdiction.

Cette solution bienveillante doit être repoussée : elle va à l'encontre de la lettre de l'article 502 qui n'établit aucune distinction : « *tous actes...* »; de plus, et pour ce qui est du mariage, elle est contredite par un texte que nous retrouverons en étudiant cette institution, l'article 174 - 2° (*Inf.* n° 703); quant au testament, ce n'est pas là un acte nécessaire : en refusant à l'interdit la capacité de tester, on soumet la dévolution de ses biens aux règles des successions *ab intestat*, ce qui est un pis aller fort acceptable. Ce n'est d'ailleurs pas la seule éventualité dans laquelle une incapacité d'exercice se trouve d'équivaloir pratiquement à une incapacité de jouissance, en ce qui concerne les actes strictement personnels : un mineur parvenu à l'âge de discernement se trouve dans l'impossibilité de disposer par testament, librement, de tous ses biens (art. 904, § 1), et cela parce que, pas plus que l'interdit, il ne saurait tester par procuration.

Pour ces raisons il est plus sûr de donner à l'article 502 une portée absolue : ce sont *tous les actes juridiques* qui tombent sous son emprise; l'aménagement, la régularisation de l'incapacité de l'aliéné qui sont édictées par ce texte ont une valeur générale. (*Sic.* Cass. *belge*, 21 fév. 1895, *S.* 1897, 4, 6).

Nous en ferions application même aux « *actes d'administration inhérents aux nécessités de la vie courante* », tels l'engagement d'un domestique, d'un jardinier, d'un journalier (v. Civ. 4 janv. 1934, *S.* 1936, 1, 137, note Vialleton; l'arrêt pose la question sans la résoudre). Il n'y aurait d'exception à faire que pour les rapports juridiques qui naissent en dehors de la volonté de l'interdit, par la volonté de la loi notamment (impôts, servitudes légales, etc.).

Il y a seulement lieu de noter que le *projet gouvernemental* du 13 août 1936 *sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, admet que l'interdit pourrait, en agissant lui-même et avec le seul consentement de son tuteur, passer tous contrats relatifs à l'exercice du droit d'auteur qui lui appartient sur une œuvre littéraire ou artistique (*contrat d'édition;* art. 2 du projet).

545. — B. A un autre point de vue, l'incapacité de l'aliéné se trouve *atténuée* par l'interdiction : auparavant, les actes par lui passés étaient, à notre avis du moins, *inexistants*

(*sup.* n° 523) ; désormais, ils sont simplement *annulables*; *la sanction perd en profondeur ce qu'elle gagne en surface*; l'insanité d'esprit est comme reléguée au second plan par le régime même dont elle a déterminé l'institution, à savoir l'interdiction. L'acte passé par l'interdit est frappé *à ce seul titre*; l'incapacité, jadis *naturelle*, est devenue purement *civile*, et c'est pourquoi elle est sanctionnée par la seule annulabilité.

Il faut conclure de là que l'acte de l'interdit reste debout et produit des effets provisoires aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé; que l'annulation ne peut en être demandée que par le tuteur, l'interdit ou ses héritiers; enfin que l'acte est susceptible d'être confirmé, expressément ou tacitement, notamment par la prescription décennale de l'article 1304 qui court à dater de la main-levée de l'interdiction (art. 1304, § 3).

546. Epoque à laquelle s'opère la double transformation : sort des actes passés antérieurement à l'interdiction. — L'interdiction a son effet *du jour du jugement* (art. 502). Ce jugement, comme toutes les décisions qui sont constitutives d'une situation juridique nouvelle, est dénué de rétroactivité; les effets n'en sont même pas reportés au jour de la demande, et, par conséquent, les actes accomplis par l'aliéné au cours de la procédure restent en marge du régime qui sera ensuite institué; ils sont inexistants ou ils sont pleinement valables selon qu'ils ont été passés sous le coup de la démence ou bien au cours d'une période de rémission.

Ce n'est pas à dire cependant que l'interdiction n'aura pas une certaine influence sur les actes antérieurement passés par l'interdit; son retentissement sur eux s'affirme dans la disposition de l'article 503.

547. Retentissement de l'interdiction sur les actes antérieurs. — Aux termes de l'article 503, « *les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits* ». Il ressort de cette formule que le demandeur en nullité bénéficie d'une facilité de preuve du fait de l'interdiction ultérieurement intervenue; il lui suffit, en effet, de prouver :

1° Que la cause de l'interdiction, c'est-à-dire l'altération des facultés mentales, existait déjà lors de la conclusion de l'acte attaqué;

2° Que cette cause était *notoire*, qu'elle était connue du public, de l'entourage de l'aliéné.

Cette double preuve administrée, l'acte tombera, non pas nécessairement, mais *facultativement* (argument du mot *pourront*), le juge ayant un pouvoir d'appréciation qui lui permet de tenir compte de diverses circonstances, par exemple de la *bonne foi* de la personne qui avait traité avec l'aliéné.

Si on avait appliqué à l'acte le principe d'après lequel l'interdiction ne produit d'effets qu'à sa date (art. 502), le demandeur en nullité aurait dû prouver la démence au moment même de l'acte (*sup.* n° 524); il lui sera assurément plus facile d'établir qu'elle existait au cours de la période dans laquelle cet acte se situe : à une preuve précise, la loi substitue une preuve approximative; en ce sens, il est vrai de dire que le jugement exerce un retentissement sur le passé; il crée rétrospectivement une *période suspecte* pendant laquelle les actes de l'aliéné, aujourd'hui interdit, pourront plus aisément tomber.

548. II. Institution d'un régime de protection : tutelle des interdits. — L'interdiction entraîne la constitution d'une *tutelle* : comme le mineur non émancipé qui a perdu au moins un de ses parents, l'interdit a un *représentant*; et ce représentant est un *tuteur* (art. 509).

549. Principe : assimilation des deux tutelles. — En thèse générale, la tutelle de l'interdit obéit aux mêmes règles que celle du mineur non émancipé : l'*assimilation* est consacrée par l'article 509 dans les termes les plus formels.

Les *rouages* sont donc les mêmes : tuteur, subrogé tuteur, conseil de famille, tribunal.

Ces différents rouages ont les mêmes *obligations* et les mêmes *pouvoirs* : la loi du 27 février 1880 s'est maintenue dans la tradition en édictant des dispositions applicables aux deux ordres de tutelle. (V. l'intitulé de la loi et les art. 1 et 6.)

Les immeubles du tuteur sont grevés d'une hypothèque légale (art. 2121).

550. Limites de l'assimilation ; particularités de la tutelle des interdits. — Ces particularités sont encore assez nombreuses :

1° Alors que le tuteur du mineur peut être légal, testamentaire ou datif, celui de l'interdit ne peut être que *légal* ou *datif*; encore n'existe-t-il ici qu'un cas unique de tutelle

légale visé dans l'article 506 : « *Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite* », ce qui suppose, d'ailleurs, qu'il n'y a pas eu séparation de corps entre les époux (Req. 25 nov. 1857, *S.* 1858, 1, 289), ni demande de séparation (Poitiers, 22 avril 1869, *S.* 1869, 2, 181). De plus, la réciproque n'est pas vraie : la femme n'est pas, de droit, la tutrice de son mari interdit; elle peut bien avoir la tutelle, mais il faut, en ce sens, une décision du conseil de famille qui règle alors « *la forme et les conditions de l'administration* », sauf, d'ailleurs recours possible devant les tribunaux (art. 507) Le conseil peut donc limiter les pouvoirs de la femme tutrice de son mari interdit, ce qui ne saurait surprendre étant donné ce qu'a d'anormal une telle situation : la femme, demeurée incapable en tant que femme mariée, va avoir qualité pour accomplir, en tant que tutrice et pour le compte de son mari, des actes auxquels elle ne pourrait procéder pour son propre compte; ainsi se manifestent l'indépendance et l'opposition entre les deux notions de la *capacité* et du *pouvoir* (*sup.* n^os^ 305 et 306); on comprend donc que le conseil soit tenté de réduire dans une certaine mesure cette opposition en traçant des limites aux pouvoirs de la femme en tant que tutrice;

2° Tandis que les revenus d'un mineur doivent être employés en vue de son entretien, de son éducation et de son instruction, pour, le surplus, être soigneusement capitalisé, ceux de l'interdit doivent être utilisés avant tout *pour adoucir son sort et accélérer sa guérison*;

3° Au lieu que le tuteur d'un mineur ne peut consentir aucune libéralité avec les biens de son pupille — réserve faite des cadeaux d'usage — il y a lieu de prévoir l'éventualité du mariage ou de l'établissement d'un enfant de l'interdit; à cette occasion, la constitution de dot et *les autres conventions matrimoniales* seront approuvées par un avis du conseil de famille, soumis à l'homologation du tribunal (art. 511).

Il convient de noter la réduction défectueuse de ce texte d'après lequel le conseil de famille réglerait lui-même, en pareille occurrence, les conventions matrimoniales de l'enfant; c'est là une contre-vérité. Le contrat de mariage est l'œuvre des époux, non des personnes ou des autorités qui interviennent pour les autoriser ou pour les représenter : dans l'espèce, le conseil de famille se bornera à approuver le projet de contrat soumis à son appréciation;

4° A la différence de la tutelle des mineurs, qui ne cesse, en principe, que par leur arrivée à la majorité ou par leur émancipation, les fonctions de tuteur de l'interdit sont sus-

ceptibles de prendre fin par anticipation, après un exercice de *dix années* (art. 508) ; on ne pouvait pas obliger ce représentant à rester en fonction jusqu'à la mort de l'aliéné, c'est-à-dire peut-être pendant vingt ans, trente ans, ou davantage; après dix années d'exercice, il pourra demander et il *devra obtenir* son remplacement, à moins qu'il n'ait la qualité de conjoint, d'ascendant ou de descendant de l'interdit (même texte).

III. — *Comment l'interdiction prend fin*

551. — A la différence de la tutelle du mineur, qui est essentiellement *temporaire*, celle de l'interdit est, en principe, *perpétuelle*; elle ne prend fin, absolument, que par son *décès* ou bien par son *retour à la raison*.

552. Main-levée de l'interdiction. — Encore faut-il noter que, dans ce dernier cas, le régime de l'interdiction ne cesse pas de lui-même; institué par jugement, il ne peut être abrogé que par un autre jugement, dit *jugement de main-levée* (art. 512).

La procédure de retour au droit commun est calquée sur celle qui avait dû être suivie pour aboutir à l'interdiction (même texte). Par exemple, les personnes qui peuvent demander la main-levée sont précisément celles qui auraient qualité pour provoquer l'interdiction, mais *avec l'interdit lui-même en plus*.

L'action est dirigée contre le tuteur; elle suit le même processus que, jadis, la demande d'interdiction; le jugement de main-levée est soumis aux mêmes *formalités de publicité* que le jugement d'interdiction.

553. — Le tribunal, saisi d'une demande en main-levée, peut d'ailleurs prendre une mesure intermédiaire entre le rejet et l'admission : il lui est loisible de substituer au régime de la tutelle celui du conseil judiciaire (*inf.*, n° 565 et suiv.).

§ II. — L'INTERNEMENT

554. Internement et interdiction. — Ces deux mesures avaient été solidarisées par le Code civil en ce sens que l'interdiction constituait, dans la pensée du législateur de 1804, *le préliminaire obligatoire* de l'internement (arg. art. 491, qui fait au procureur de la République un devoir de provo-

quer l'interdiction des fous furieux, assurément en vue de rendre possible et légal leur internement).

Ce régime avait l'avantage de donner à la liberté individuelle une garantie solide et précieuse; l'interdiction supposant une décision de justice et constituant le préliminaire obligatoire de l'internement, ce dernier ne pouvait pas être effectué à la légère; le danger des *séquestrations arbitraires* était conjuré, radicalement; mais ce résultat n'était obtenu qu'au prix d'une inconséquence et d'un autre danger. Car les deux mesures entre lesquelles on avait voulu établir un lien factice, différaient profondément dans leurs conditions et dans leur raison d'être.

1° Dans leurs *conditions* : l'interdiction n'est applicable qu'aux personnes qui sont dans un *état habituel* d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489); or, il peut être opportun et prudent d'interner des individus dont la folie *passagère* offre des dangers pour la société;

2° Dans leur *raison d'être* : en fait, l'interdiction n'est guère provoquée que pour des raisons d'ordre pécuniaire, lorsqu'il y a une fortune à sauvegarder; c'est un luxe qui n'est offert pratiquement qu'aux aliénés opulents.

L'internement s'adresse au contraire, avant tout, à la personne même du dément; il tend à sa guérison, comme aussi à la sauvegarde du public.

555. — Ces différences entre les deux institutions expliquent que, dans la pratique, le lien de dépendance établi entre elles par le Code civil fut singulièrement relâché; en fait, on procédait d'emblée à l'internement, sans passer par l'interdiction. Le procédé était illégal, mais les établissements acceptaient des pensionnaires non interdits, et le ministère public laissait faire. D'où des *séquestrations arbitraires* assez fréquentes; pour avoir voulu trop bien protéger la liberté individuelle, le législateur l'avait compromise. La situation était d'autant plus grave que peu d'établissements existaient alors qui eussent été spécialement aménagés en vue de ce genre de clients; on internait les fous un peu partout : dans les hôpitaux et jusque dans les prisons, où ils étaient confondus pêle-mêle avec les criminels.

556. Le régime actuel; la loi du 30 juin 1838. — Une réforme fut accomplie par une loi, qui a de nos jours une mauvaise presse, et qui, depuis plus d'un demi-siècle, est sans cesse à la veille d'être abrogée, mais qui réalisa, en réalité, un immense progrès sur l'état de choses antérieur,

la loi du 30 juin 1838, *sur les aliénés*, suivie par une ordonnance du 18 décembre 1839.

Cette loi contient une foule de dispositions, notamment les suivantes :

1° Dans les articles 1 à 7, elle prévoit la création d'asiles spécialement destinés à recevoir des aliénés, les uns *publics* (un par département, article 1er), les autres *privés*, mais eux-mêmes placés sous la surveillance de l'autorité publique (article 3) ;

2° L'internement devient indépendant par rapport à l'interdiction. Il est désormais permis d'interner des individus non interdits; la pratique antérieure est ainsi régularisée;

3° Mais, afin d'éviter les séquestrations arbitraires, l'internement suppose, outre l'initiative de la famille ou des amis (sauf, si le fou est dangereux, le devoir pour le préfet de provoquer d'office l'internement), la production d'un *certificat* médical constatant l'état mental de la personne à placer et indiquant les particularités de sa maladie ainsi que la nécessité de l'interner dans un établissement d'aliénés (art. 8). D'autres précautions sont encore prises par le législateur pour éviter les surprises fâcheuses. (Voy. les art. 8 et suiv. de la loi) ;

4° Notamment, les établissements publics ou privés sont placés sous la double *surveillance* administrative et judiciaire; des visites doivent y être effectuées fréquemment par les représentants du préfet ou du ministère public (art. 4).

Insuffisance des mesures actuelles; réformes projetées. — On peut estimer que le régime institué par la loi du 30 juin 1838 n'est pas encore suffisamment protecteur de la liberté individuelle; il est assurément fâcheux que notre sort dépende, au moins provisoirement, d'un certificat médical qui peut avoir été délivré à la légère, voire par complaisance coupable. De là des projets de réforme qui, en général, exigent deux certificats médicaux au lieu d'un et l'intervention d'une autorité présentant toutes les garanties — *tribunal* ou *commission spéciale des aliénés* — à la décision de laquelle serait subordonné le caractère définitif de l'internement. (V. le *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1904, notamment p. 115.)

557. Situation juridique de l'interné non interdit. — Les explications qui vont suivre ne visent qu'une catégorie d'internés, *à savoir ceux qui ne sont pas interdits*; quant à ceux qui se trouvent en état d'interdiction le placement dans un établissement spécial ne modifie en rien leur

situation juridique, tandis qu'il change profondément celle des non-interdits.

Comme pour l'interdiction, nous avons à résoudre un double problème :

1° D'abord à déterminer la capacité ou plutôt l'*incapacité* de l'individu qui est interné sans être interdit;

2° Puis à décrire les *mesures de protection* le concernant.

558. I. Incapacité de l'individu interné sans être interdit. — Du moment qu'un individu est placé dans un établissement d'aliénés, le droit commun, c'est-à-dire la distinction entre les moments de démence et les intervalles lucides ne lui est plus applicable; à l'incapacité *intermittente* et *de pur fait* dont il était frappé jusque-là, se substitue une incapacité *continue* et *de droit*; c'est en ce sens qu'on a pu dire que l'*internement imite l'interdiction*.

Mais *imitation* n'est pas *identification* : entre l'incapacité de l'interdit et celle de l'interné non interdit, des différences importantes existent qui doivent être soulignées.

559. Différences entre l'incapacité de l'interdit et celle de l'interné non interdit. — 1° Tandis que les actes de l'interdit sont nuls de droit, *obligatoirement* (art. 502), ceux de l'interné non interdit sont simplement menacés d'une annulation qui est *facultative* pour le juge. C'est du moins en ce sens qu'on interprète couramment la formule de l'article 39 § 1 de la loi du 30 juin 1838 « ... *pourront* être attaqués... » En réalité, ces mots semblent réserver l'appréciation de l'aliéné — ou de son représentant, ainsi que de ses héritiers — bien plutôt que celle du tribunal, mais l'unanimité s'est établie en sens contraire : le tribunal saisi est maître de la nullité qui n'est donc nullement de droit.

Bien entendu, il s'agit ici, comme pour les actes de l'interdit, d'une nullité relative, gouvernée par les règles précédemment décrites (*sup.*, n^os^ 138 et suiv.) et pouvant être invoquée par les héritiers de l'intéressé;

2° A la différence de l'interdiction, l'internement ne retentit aucunement sur les actes passés antérieurement; *il ne comporte pas de période suspecte* analogue à celle dont nous avons relevé l'existence en étudiant l'interdiction : la loi du 30 juin 1838 ne renvoie pas à la disposition contenue dans l'article 503 C. civ.;

3° Le *point de départ* de la prescription décennale de l'action en nullité varie selon que l'acte émane d'un interdit ou d'un interné non interdit; dans le premier cas, le délai court du jour de la main-levée du jugement d'interdiction

(art. 1304, § 3) ; dans le deuxième, il a pour point de départ le jour où l'interné aura eu connaissance après sa sortie définitive de l'établissement de l'acte dont il s'agit (L. 30 juin 1838, art. 39, § 2) ; cette seconde solution est de beaucoup préférable à celle que le Code civil donne pour l'interdiction et avec laquelle la prescription peut s'accomplir à l'insu de l'ex-interdit qui n'aura pas conservé le souvenir de l'acte passé dans un moment d'égarement.

Pratiquement, l'ex-interné sera mis au courant par la signification de l'acte par lui accompli. (L. 30 juin 1838, même texte.)

560. II. Mesures de protection prises en faveur de l'interné. — Dans cet ordre d'idées, les différences avec l'interdiction vont s'accuser encore; elles ne sont généralement pas en faveur de l'internement, pour lequel différents textes ont institué un régime fragmentaire et décousu; différentes personnes sont ou peuvent être chargées du soin des intérêts de l'interné.

561. Administrateur provisoire. — C'est d'abord et essentiellement, non pas un tuteur proprement dit, mais un *administrateur provisoire* qui est prévu par la loi de 1838 et dont le mode de désignation varie selon qu'il s'agit d'un établissement *public* ou *privé*.

1° Dans le premier cas, l'administration provisoire a une origine *légale* : la loi de 1838 la confie à la commission administrative ou de surveillance de l'établissement, laquelle délègue ses pouvoirs à un de ses membres qui les exerce effectivement (art. 31, § 1) ;

2° Si l'internement a lieu dans un établissement privé, l'administration provisoire a une origine *judiciaire* : l'administrateur est désigné par le tribunal du lieu du domicile, en chambre du conseil, et sur les conclusions du ministère public, sur la demande des parents, du conjoint ou du ministère public. Encore cette désignation est-elle facultative : le tribunal peut, s'il l'estime inopportune ou superflue, refuser d'y procéder (art. 32) ; les fonctions de l'administrateur choisi par le tribunal prennent fin, de droit, après trois années, mais elles peuvent être renouvelées (art. 37).

562. — En toute occurrence, la situation de l'administrateur de l'interné diffère sensiblement de celle du tuteur :

1° Il n'est pas assisté par un subrogé;

2° Ses pouvoirs sont réduits au strict minimum : d'abord, ils ne concernent pas la *personne de l'aliéné*; de plus, ils se

bornent au *recouvrement* des sommes dues à l'aliéné; à l'*acquittement* de ses dettes; à la passation *de baux qui ne pourront excéder trois années* (au lieu de neuf années en matière de tutelle, *sup.* n° 432); à la *vente du mobilier*; encore faut-il, pour ce dernier acte, l'autorisation du président du tribunal (art. 31, § 1).

Il va sans dire que les actes *conservatoires* rentrent tous dans les pouvoirs de l'administrateur.

Il faut noter que les dispositions de la loi du 27 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, sont applicables à l'administrateur provisoire (art. 8, § 2 de cette loi);

3° Les immeubles de l'administrateur ne sont pas grevés d'une *hypothèque légale* au profit de l'interné; cette garantie est suppléée par d'autres mesures de protection, savoir :

a) Dans les établissements *publics*, par le *cautionnement* du receveur (loi du 30 juin 1838, art. 31, § 3);

b) Dans les établissements *privés*, par une *hypotèque*, qui peut être *générale* ou *spéciale*, c'est-à-dire porter sur tous les immeubles de l'administrateur ou seulement sur certains d'entre eux, mais qui, en tout cas, ne garantit les créances de l'aliéné contre l'administrateur que *jusqu'à concurrence d'un maximum déterminé par le tribunal* : celui-ci procède à l'établissement et à l'aménagement de cette hypothèque en même temps qu'il nomme l'administrateur provisoire; et il n'est nullement tenu de déférer à la requête qui lui est adressée dans ce but; son pouvoir d'appréciation est entier, pour l'établissement de la sûreté comme pour la désignation d'un administrateur (art. 34, § 2).

L'aménagement de cette hypothèque évoque le souvenir de celle qui est instituée, en cas de déchéance de la puissance paternelle, sur les immeubles du tuteur nommé par le tribunal dans les termes de la loi du 24 juillet 1889 (art. 10, § 3 de cette dernière loi. *Sup.* n° 518).

563. — Les dispositions du Code civil sur les causes qui dispensent de la tutelle, sur les incapacités, les exclusions ou les destitutions de tuteur, sont valables pour les administrateurs provisoires *nommés par le tribunal* (L. 30 juin 1838, art. 34, § 1).

564. Autres personnes qui peuvent être chargées du soin des intérêts de l'interné. — Les pouvoirs de l'administrateur provisoire sont trop limités pour suffire à tous les besoins; aussi certains textes prévoient-ils l'intervention d'autres protecteurs :

1° Un *curateur* qui s'occupera de la *personne* de l'aliéné et qui veillera tout particulièrement : *a*) à ce que ses revenus soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison; *b*) à ce que son protégé soit rendu à la liberté aussitôt que son état mental le permettra.

Ce curateur est nommé par le tribunal, en chambre du conseil, sur la demande de l'aliéné lui-même, ou d'un parent, du conjont, d'un ami, ou enfin à la requête du ministère public (L. 30 juin 1838, art. 38);

2° Un mandataire *ad litem*, en vue de figurer dans une instance où l'intéressé se trouve impliqué (art. 33); ce mandataire est nommé par le tribunal, sur la demande de l'administrateur provisoire ou à la requête du ministère public; il semble qu'il puisse recevoir la mission, non seulement, comme le suppose la loi, de suivre une instance engagée avant l'interdiction ou de défendre à une action intentée postérieurement, mais aussi, du moins s'il y a urgence, d'intenter une action au cours de l'internement. Du moins la jurisprudence exige-t-elle, pour le pourvoi en cassation, un mandat distinct et spécial (Req. 15 juin 1930, *S.* 1931, 1, 16);

3° *A défaut d'administrateur provisoire*, le *président du tribunal* peut commettre un *notaire* qui représentera les intérêts de l'interné dans les « *inventaires, comptes, partages et liquidations* » les concernant (art. 36).

§ III. — LA DATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE

565. — *Définition. Plan.* — Le *conseil judiciaire* est, non pas une assemblée ou un comité, mais une *personne* désignée par le tribunal en vue d'en assister une autre dans la gestion de ses intérêts pécuniaires, ou, plus précisément, dans l'accomplissement de certains actes se référant auxdits intérêts.

Nous nous occuperons :

1° De la *nomination* du conseil;

2° Des *conséquences juridiques* de cette nomination;

3° De la *main-levée* du conseil judiciaire.

I. — *Nomination du conseil*

566. I. Personnes qui peuvent être pourvues d'un conseil judiciaire. — Il en est deux catégories distinctes :

1° Les *prodigues* (art. 513);

2° Les *faibles d'esprit* (art. 499).

Nous nous occuperons plus loin des prodigues (*inf.* n^os^ 584

et suiv.) ; pour le moment, nous limitons nos explications aux faibles d'esprit.

Le *faible d'esprit* — que la loi ne vise nulle part *in terminis* — est celui dont les facultés sont affaiblies suffisamment pour qu'il ne soit plus à même de veiller à ses intérêts matériels; ce n'est pas un aliéné, car alors le régime auquel on le soumettrait serait celui de l'interdiction; la raison n'est pas abolie, elle est seulement plus ou moins obnubilée; une simple *assistance* suffira à parer à la situation; on ne recourra pas à un régime de *représentation*, on remédiera à l'insuffisance intellectuelle du faible d'esprit en le flanquant d'un assistant, d'un *conseil* qui exercera un contrôle bienfaisant sur les actes les plus graves de sa vie juridique, dans le domaine patrimonial du moins.

On comprend dès lors qu'aux termes de l'article 499 le tribunal puisse, en rejetant une demande tendant à l'interdiction, donner au défendeur un conseil judiciaire; les moyens employés seront ainsi proportionnés au but à atteindre; mais les personnes qualifiées pourraient tout aussi bien, allant droit au but, demander de prime abord la nomination d'un conseil.

Peu importe la cause de l'affaiblissement intellectuel : qu'il provienne du grand âge, de la surdité, de l'ivrognerie habituelle, d'une obsession ou d'une manie quelconque, la dation d'un conseil judiciaire est également justifiée; le tribunal apprécie souverainement les faits.

Il a été jugé qu'une femme mariée peut être pourvue d'un conseil judiciaire (Req. 12 mars 1877; *S.* 1877, I, 203).

567. II. Qui peut provoquer la nomination d'un conseil judiciaire. — Ce sont exactement les mêmes personnes que celles qui sont qualifiées pour demander l'interdiction (art. 514, § 1; *sup.*, n° 533), y compris les parents au delà du sixième degré (Rennes, 3 fév. 1930, *S.*, 1931, 2, 41).

568. III. Procédure. — Elle est la même que pour l'interdiction (art. 514, § 1) : « *La demande doit être instruite et jugée de la même manière* »; notamment, la publicité à effectuer est identique; l'article 501, complété par la loi du 16 mars 1893, vise également les deux procédures.

569. IV. Choix du conseil. — Le conseil judiciaire est choisi librement par le tribunal, dans la famille ou parmi les étrangers. Il y a lieu de remarquer :

1° *Qu'il n'existe pas de conseil judiciaire légal* : le mari

lui-même n'est point, de droit, conseil de sa femme faible d'esprit; une décision judiciaire est, dans tous les cas, indispensable; le conseil est toujours *datif*;

2° Que *nul n'est tenu d'accepter les fonctions de conseil judiciaire* : ainsi le décide, non la loi, mais la tradition; la théorie des *excuses* est donc ici sans application.

Quant à celle des *incapacités*, elle ne saurait être complètement écartée : le choix du tribunal ne peut se porter que sur une personne jouissant de la plénitude de ses droits, sans distinction de sexe, mais à l'*exclusion des mineurs*. En ce qui concerne les *femmes*, il a été jugé qu'une femme mariée ne pouvait pas être le conseil judiciaire de son mari (Trib. civ. Semur, 16 janv. 1861; *S.* 1862, 2, 233), alors que rien ne s'oppose à ce qu'elle ait la tutelle de son mari interdit; c'est que, dans ce dernier cas, la puissance maritale, abolie par l'interdiction, ne fait plus obstacle à ce renversement des rôles.

En principe, les fonctions du conseil judiciaire sont *gratuites* comme celles du tuteur; c'est pourquoi sa *responsabilité* est appréciée avec bienveillance; mais la jurisprudence admet qu'il puisse être rétribué et il semble équitable d'assimiler alors sa responsabilité à celle d'un mandataire salarié (art. 1992).

II. — *Conséquences juridiques de la nomination d'un conseil judiciaire*

570. Enumération.

1° L'individu pourvu d'un conseil devient *incapable* dans une certaine mesure;

2° Sa capacité doit être complétée, par certains actes, par l'*assistance* dudit conseil;

3° Les règles comportent certaines *sanctions*.

571. I. Incapacité du faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire. — Il s'agit ici d'une demi-incapacité, ni très profonde, ni générale et qui ne retentit aucunement sur le passé.

1° Elle n'est *pas très profonde*, puisque celui qui en est atteint reste à la tête de ses affaires et conserve toutes les initiatives; à la différence du mineur non émancipé, de l'interdit et de l'interné, il n'est point soumis à un régime de représentation;

2° Elle n'est *point générale*, car la loi se borne à énumérer un certain nombre d'actes que le faible d'esprit ne peut pas accomplir seul et pour lesquels l'assistance du cura-

teur est nécessaire, et d'ailleurs suffisante; il semble donc (et nous verrons bientôt la raison de cette réserve) que la capacité constitue pour lui le principe, et l'incapacité l'exception;

3° L'incapacité qui est le résultat du jugement nommant le conseil judiciaire n'existe qu'à compter de ce jugement qui ne retentit nullement sur le passé; il est admis que la sorte de période suspecte établie, pour le cas d'interdiction, par l'article 503, est sans application possible à la dation d'un conseil judiciaire, laquelle n'a aucun effet rétroactif, pas même jusqu'au jour de l'introduction de la demande (Req. 10 nov. 1919, *D. P.* 1921, 1, 31).

572. Actes pour lesquels le faible d'esprit est incapable. — Le législateur de 1804, dans le but de couper court à l'arbitraire du juge, a procédé par voie d'énumération, dans l'article 499 où l'on trouve une liste des actes pour lesquels l'assistance du conseil est requise : mais son but n'a pas été atteint, la jurisprudence ayant compris ce texte à sa manière et avec une complète indépendance de pensée.

Sans doute, la liste légale est de droit strict en ce sens que les termes ne sauraient en être modifiés d'après les espèces et d'après les sujets; il ne dépendrait pas des tribunaux d'alléger ou d'aggraver l'incapacité du faible d'esprit en considération des circonstances de la cause : *il n'y a qu'un régime, le même pour tous.* Seulement, ce régime unique n'est point celui que les rédacteurs du Code civil ont pensé établir; il est celui de la jurisprudence.

573. Liste de l'article 499. — D'après ce texte, l'incapacité du faible d'esprit porte sur un petit nombre d'actes : il ne peut désormais « *plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques...* » sans l'assistance de son conseil.

Il semble que, par une argumentation *a contrario* décisive, tous autres actes soient permis au demi-incapable et qu'il puisse donc les accomplir sans aucune assistance. Mais ce n'est pas ainsi que l'entend la jurisprudence.

574. Le système jurisprudentiel. — Il peut se résumer dans la formule suivante : *le faible d'esprit peut accomplir seul et sans assistance les actes d'administration;* tout ce qui peut être considéré comme relevant de l'administration lui est permis; mais tout le reste lui est défendu.

En partant de cette donnée, la jurisprudence en arrive,

d'une part, à permettre au faible d'esprit certains actes cependant compris dans la liste légale, et, à l'inverse, à lui interdire des actes qui n'y figurent pas.

1° Dans le premier ordre d'idées, il faut citer les ventes rentrant dans la catégorie des actes courants : *ventes de récoltes* (Paris, 26 février 1926, *D. P.* 1927, 2, 128), d'objets exposés à un prompt *dépérissement*. De telles opérations sont bien des *aliénations*; cependant, le faible d'esprit peut, malgré la défense inscrite dans l'article 499 pour les actes de ce genre, y procéder seul et sans aucune assistance. De même, la Cour de cassation admet qu'il peut *plaider* sans l'assistance de son conseil, *pour cause d'administration* (Req. 22 janv. 1901, *D. P.*, 1901, 1, 94), et les auteurs concèdent volontiers qu'il pourrait librement transiger sur ses intérêts d'administrateur;

2° A l'inverse, un certain nombre d'actes sont interdits au faible d'esprit, encore que la loi ne s'y réfère point dans l'article 499. (Voy. cependant : Civ. 15 janv. 1908, *D. P.*, 1909, 1, 105.) Ce sont notamment :

a) Le *compromis*; l'article 499 est à compléter sur ce point en faisant appel à l'article 1003 C. pr. d'après lequel les parties doivent avoir la libre disposition des droits en jeu (Paris, 29 août 1852, 5, 325);

b) Le *partage*, qui est un acte exigeant, dans la conception du Code civil, une pleine capacité (il n'y a pas de jurisprudence sur ce point);

c) Les *engagements assumés par contrat*. L'article 499 ne vise que ceux qui auraient leur source dans un emprunt; il semble donc que le faible d'esprit puisse, *a contrario*, contracter des dettes de toute autre façon. Or, c'est ce que notre jurisprudence n'a jamais admis : elle lui permet bien de s'engager pour les besoins de l'administration de son patrimoine, mais pas au delà. C'est ainsi qu'il ne peut, sans assistance, *donner ses immeubles à bail* pour une période de plus de *neuf années*, de même qu'il ne saurait procéder au renouvellement du bail plus de *deux* ou *trois ans* à l'avance selon qu'il s'agit d'immeubles urbains ou ruraux. (Req. 14 juill. 1875, *motifs*, *S.* 1875, 1, 463, *D. P.* 1876, 1, 202); ainsi encore et à l'inverse qu'il lui est interdit de *prendre un immeuble ou un appartement à bail* pour un prix qui ne serait pas en rapport avec sa situation de fortune et sa condition sociale. (Civ., 2 déc. 1885, *D. P.* 1886, 1, 128);

d) Les *actes de commerce*, même isolés, sont également interdits au faible d'esprit, car on ne saurait y voir des actes d'administration. (Civ., 1er août 1860, *S.* 1860, 1, 229; *D. P.* 1860, 1, 316); quant à l'exercice d'un commerce, il serait

inconcevable, puisque l'assistance du conseil, qui doit intervenir à l'occasion de chaque acte, qui doit être spéciale, ne saurait être donnée en bloc, une fois pour toutes;

c) La constitution de *servitudes* ou autres *droits réels immobiliers* est prohibée au même titre que l'établissement d'hypothèques visé dans l'article 499.

575. Actes auxquels le faible d'esprit peut procéder sans assistance. — Ils sont encore fort nombreux, malgré l'interprétation libre que notre jurisprudence donne de l'article 499.

1° Ce sont d'abord *tous les actes ressortissant au droit de la famille* : mariage, reconnaissance d'un enfant naturel, adoption, etc.;

2° Ce sont ensuite les droits *strictement personnels* et quand bien même ils ont un caractère patrimonial, tel le droit de *tester* (sauf, pour les héritiers, la faculté d'attaquer le testament, pour cause de démence et dans les conditions précédemment indiquées; *sup.* n° 526); le droit de *louer ses services*, etc.;

3° Ce sont aussi les actes dits *conservatoires*;

4° Et enfin les actes de *simple administration*, en application du critère jurisprudentiel précédemment dégagé; par exemple la *perception de revenus*, les *baux* de neuf ans ou au-dessous, et le *paiement de toutes dettes* exigibles, soit à l'aide de revenus, soit même avec des capitaux.

Au contraire, l'acte inverse, c'est-à-dire la *réception d'un capital*, laquelle figure dans l'énumération de l'article 499, exigerait l'assistance du conseil qui devrait ensuite surveiller le placement des fonds et qui pourrait mettre à ce placement telles conditions qu'il jugerait utiles.

576. Comparaison avec le mineur émancipé. — Le parallèle s'impose entre la situation du faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire et celle du mineur émancipé assisté d'un curateur : l'un et l'autre ont une demi-capacité; l'un comme l'autre sont à la tête de leurs affaires et gardent l'initiative de toutes opérations juridiques à accomplir; enfin tous deux sont flanqués d'un assistant dont le rôle consiste à compléter leur capacité pour les actes les plus graves et à exercer un contrôle effectif sur la gestion de leur patrimoine : les points de contact sont donc nombreux entre les deux situations.

Les points de divergence aussi :

1° Pour le mineur émancipé, le principe n'est ni la capacité ni l'incapacité : le Code civil trace une ligne de démar-

cation entre les actes de pure administration, d'une part, et tous les autres actes, d'autre part; tandis que, pour le faible d'esprit, le principe est la capacité, du moins dans la pensée des rédacteurs du Code civil; tout ce qui n'est pas défendu par l'article 499 devrait être permis; seulement, ce premier contraste est singulièrement atténué par la jurisprudence qui, en interprétant librement le texte, en est arrivée à exiger l'assistance du conseil pour les actes qui dépassent la limite de l'administration;

2° Tout au moins reste-t-il ceci que le faible d'esprit peut accomplir seul des actes d'administration, y compris les grosses réparations; tandis que le mineur émancipé n'a que la stricte, la *pure* administration de son patrimoine et a donc besoin de l'assistance du curateur pour un acte de ce genre;

3° Le faible d'esprit a besoin *au maximum* de l'assistance du conseil, puisqu'*il n'existe pas ici de conseil de famille*; notamment, les dispositions de la loi du 27 fév. 1880 ne lui sont pas applicables; pour le mineur émancipé, d'autres formalités doivent intervenir pour les actes les plus graves : autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal;

4° Le mineur émancipé peut faire le commerce avec une autorisation générale (*sup.* n° 340); cette combinaison ne serait pas valable pour le faible d'esprit;

5° Le mineur émancipé peut parfois plaider sans autorisation (actions mobilières ou possessoires); le faible d'esprit, jamais (art. 499), sauf cependant pour cause de conservation ou d'administration. (Req., 22 janv. 1901, arrêt précité.)

577. II. Assistance du conseil.

A. **Principe.** — Le conseil *ne représente pas* son protégé; il n'a pas l'administration de sa fortune; son rôle se borne à l'assister à l'occasion des actes les plus graves; il lui fournit ainsi un complément de capacité (art. 499, 513 et 514).

Strictement, l'assistance devrait être contemporaine de l'acte à l'occasion duquel elle intervient et lors de la passation duquel le conseil devrait se trouver aux côtés de l'assisté; mais la jurisprudence, comme elle l'a fait pour le curateur du mineur émancipé (*sup.* n° 489), se contente d'une simple *autorisation* qui peut être donnée aussi bien par anticipation que lors de la signature de l'acte. Il n'en va autrement que pour les instances judiciaires : lorsqu'il s'agit de *plaider*, la jurisprudence exige la *mise en cause* du conseil qui sera donc lié à la procédure et mis ainsi à même

de fournir à l'incapable une assistance effective. (Civ., 29 juin 1903, *S.* 1904, 1, 213.)

L'assistance est soumise à la règle de la *spécialité*; elle ne pourrait intervenir, en bloc, pour une série d'actes. (Civ., 3 déc. 1850, *D. P.*, 1851, 1, 42.)

578. B. **Conséquences du principe.** — 1° Du moment que le conseil n'administre pas, il ne peut prendre, en principe, aucune initiative; son rôle est *purement passif*; il contrôle mais il n'agit pas; il peut jouer le rôle de frein, non celui de moteur;

2° Pour la même raison, ses immeubles ne sont pas grevés d'une *hypothèque légale*; puisqu'il ne manie pas les deniers de son protégé, celui-ci ne pourra guère avoir de créances contre lui, réserve faite de la responsabilité consécutive aux fautes commises, éventualité bien rare;

3° Enfin, le conseil n'aura pas à *rendre de comptes*, puisqu'il n'a point administré.

579. C. **Dérogations au principe.** — La passivité du conseil ne constitue pas un phénomène constant; elle fait place ou elle peut faire place à l'initiative dans les deux éventualités suivantes :

1° Lorsque le faible d'esprit est engagé dans une instance, le conseil qui, nous le savons, est nécessairement lié à la procédure (*sup.* n° 577), peut présenter des conclusions différentes de celles de son protégé, conclusions qui sont considérées comme prises au nom de celui-ci et malgré sa volonté contraire; il peut aussi intenter en son nom les *voies de recours ordinaires* (appel, opposition), pourvu qu'il le mette en cause par la suite (Lyon, 9 mai 1882, *D. P.* 1883, 2, 21); si bien qu'en somme, et *dans le domaine judiciaire*, la passivité du conseil ne se manifeste plus qu'en ceci, que l'*initiative de l'action ne lui appartient pas* : pour engager un procès, il faut nécessairement la participation volontaire du faible d'esprit; hors de là, l'initiative du conseil est à peu près entière.

Il est incontestable que cette jurisprudence est purement prétorienne;

2° Plus prétorienne encore est celle qui permet au conseil de *poursuivre la nullité* des actes irrégulièrement passés par le faible d'esprit, sans son assistance; ici, l'initiative même de la demande lui est reconnue.

Mais nous arrivons ainsi à l'étude des sanctions attachées aux prescriptions légales.

580. III. Sanction des prescriptions légales. — Un acte a été accompli par le faible d'esprit agissant seul, alors que l'assistance du conseil était requise par la loi ou par la jurisprudence; cet acte est simplement *annulable*, conformément aux principes généraux du droit, d'où il faut conclure que la nullité ne saurait être proposée ni par la partie adverse, ni, d'office, par le juge (Civ. 4 juin 1935, *S.* 1935, 1, 343).

Mais ces principes subissent une double déviation de la part de la jurisprudence qui a décidément, hardiment édifié toute cette théorie du conseil judiciaire sur des bases dont la loi ne fournit pas les moindres éléments.

581. — 1° Strictement, l'annulation de l'acte irrégulier ne pourrait être demandée que par l'incapable lui-même, ou, après lui, par ses héritiers; c'est dans son intérêt exclusif, en effet, que la nullité, toute relative, est édictée; d'autre part, il est resté à la tête de son patrimoine; le conseil ne peut prendre aucune initiative; c'est dans un rôle passif qu'il doit se confiner.

Seulement, un tel régime ne serait pas suffisamment protecteur des intérêts du faible d'esprit qui, plutôt que de renier sa signature, préférerait souvent laisser dormir l'action en nullité dont il est investi. Il faut que quelqu'un lui force la main, et se montre plus soucieux de ses propres intérêts qu'il ne l'est lui-même : ce quelqu'un-là, ce sera le conseil à qui la jurisprudence permet de *prendre l'initiative de l'action en nullité*, en dehors de l'incapable et même *malgré lui*. (Req., 29 juin 1881, *S.* 1882, 1, 125; *D. P.* 1882, 1, 33; 4 juin 1896, *S.* 1897, 1, 113, note Lyon-Caen. *D. P.* 1897, 1, 404). Tout ce qu'on exige, c'est que le faible d'esprit soit mis en cause et lié à l'instance (arrêts précités).

Mais le juge ne saurait prononcer la nullité d'office, en dehors de toute initiative émanant de l'incapable ou de son conseil. (*Sic*, Civ. 4 juin 1935, *D. H.* 1935, 427). Cette décision a été rendue à l'occasion d'un acte passé par un prodigue, mais les raisons de décider sont les mêmes pour l'acte irrégulier accompli par un faible d'esprit, pourvu d'un conseil, *inf.* n° 586.

582. — 2° D'après les principes généraux du droit, la sanction de l'irrégularité commise devrait consister invariablement dans la nullité de l'acte passé sans l'assistance du conseil alors qu'elle était requise. Or, à côté, au-dessous de cette sanction radicale, la jurisprudence en consacre une autre, du moins pour ce qui est des engagements assumés par

le faible d'esprit, qui est moins rigoureux et qu'elle crée de toutes pièces, à savoir la *réduction pour cause d'excès* : lorsque l'incapable aura fait une dépense excessive, hors de proportion avec ses revenus et sa condition sociale, les tribunaux viendront à son secours en ramenant l'engagement ou la dépense à un chiffre raisonnable, comme elle le fait, mais alors en vertu d'une disposition formelle (art. 484), pour les engagements assumés par le mineur émancipé. (Req. 3 avril 1855, *S.* 1855, 1, 641; *D. P.* 1855, 1, 129; 7 juill. 1902; *motifs*, *D. P.* 1902, 1, 422; Civ., 2 déc. 1885, *D. P.* 1886, 1, 128; *S.* 1886, 1, 120; trib. civ. Seine, 4 mai 1922, *S.* 1922, 2, 104.)

Il est curieux d'observer que cette jurisprudence prétorienne forme la contre-partie de celle, non moins hardie, qui s'est formée à l'occasion des actes excessifs passés par un mineur émancipé : nous avons vu comment les tribunaux en arrivent, sous couleur de réduction, à annihiler complètement les engagements excessifs assumés par ce mineur (*sup.* n° 334) ; de même et à l'inverse, ils parviennent, pour les engagements excessifs contractés par un individu pourvu d'un conseil judicaire, à minimiser la nullité au point de lui substituer une simple réduction des dépenses.

III. — *Main-levée du conseil judiciaire*

583. — La situation créée par le jugement de dation d'un conseil prend fin, ou par le *décès* de l'incapable, ou par son *interdiction*, ou bien par la *main-levée* prononcée par un autre jugement, symétrique au premier.

La procédure à suivre pour ce retour à la situation antérieure est exactement calquée sur celle à observer pour l'établir (art. 514, § 2) : notamment, elle peut être engagée sur l'initiative des personnes qui auraient qualité pour provoquer la nomination d'un conseil, mais en y ajoutant l'incapable lui-même; l'action est dirigée contre le conseil judiciaire qui joue le rôle de défendeur; c'est dire que, si elle est engagée par l'incapable, celui-ci n'a pas besoin de l'assistance du conseil qui joue, en l'occurrence, le rôle de contradicteur.

TROISIÈME GROUPE D'INCAPABLES

LES PRODIGUES

584. Notions historiques et de droit comparé. — Le *prodigue*, c'est-à-dire celui qui dilapide sa fortune, qui entame son capital sans nécessité ni utilité, peut être, traditionnellement, l'objet de mesures destinées à le protéger et à protéger sa famille contre ce funeste penchant.

Les procédés employés à cet effet ont varié au cours des âges : à *Rome*, le prodigue était bien frappé d'*interdiction*; seulement, cette situation déterminait l'établissement, non d'une tutelle, mais d'une *curatelle*, en sorte que l'interdit conservait encore une assez large capacité; en gros, il pouvait accomplir librement les actes qui faisaient sa condition meilleure et c'était seulement pour ceux qui étaient de nature à empirer sa situation que l'intervention du curateur était requise; elle affectait d'ailleurs la forme, non d'une assistance, mais bien d'une *negotiorum gestio*; le régime protecteur était donc à base de représentation. (HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, pp. 393 et suiv.)

Dans notre ancien droit, le prodigue pouvait aussi être frappé d'*interdiction* et il était alors mis en *curatelle*, avec cette particularité que « le pouvoir et les obligations » de son curateur, par rapport à ses biens, étaient « à peu près les mêmes que celles des tuteurs ». (POTHIER, *Traité des personnes et des choses*, n° 204.)

Au cours des travaux préparatoires du Code civil, le sort des prodigues fut assez longuement débattu : Tronchet, se faisant le promoteur d'une idée qui, de nos jours, a réalisé pas mal de progrès dans beaucoup d'esprits, a fait observer que les actes de dilapidation des prodigues ne détruisent pas la richesse, mais qu'ils n'ont d'autres résultats que de faire changer la fortune de mains, et que l'Etat devrait donc se désintéresser de ce phénomène économique. Ce point de vue ne devait pas prévaloir; Portalis, qui était imbu de droit romain, s'attacha à le faire écarter et il y parvint (FENET, t. X, pp. 684 et suiv.) : on décida que la prodigalité resterait une cause d'incapacité, seulement on estima qu'elle ne justifiait ni une interdiction, ni un régime de représentation, mais un simple régime d'assistance, la *dation d'un conseil judiciaire*.

Les *législations récentes* ont, en général, maintenu l'incapacité du prodigue, mais en poussant la protection jusqu'à l'organisation d'une véritable *tutelle* : en *Allemagne*, comme

en *Suisse*, les prodigues sont interdits et placés en tutelle au même titre que l'aliéné, le faible d'esprit ou l'ivrogne. (C. civ. *allemand*, art. 6; C. civ. *suisse*, art. 370.)

585. Justification du système français. — Le système intermédiaire qu'a consacré notre Code civil est parfaitement raisonnable; d'une part, l'assimilation du prodigue à un aliéné est excessive : la prodigalité est une passion ou le symptôme d'une passion, rien de plus; celui qui en est atteint peut être fort intelligent et agir en parfaite connaissance de cause; on ne saurait l'assimiler à un dément; mais, d'un autre côté, les dilapidations qu'il commet constituent un grave péril pour sa famille et il faut que celle-ci soit en mesure de conjurer la ruine et la misère qui la guettent, en mettant un frein aux dépenses insolites d'un père de famille ou d'un parent qui, suivant la formule, vulgaire mais expressive, « jette l'argent par les fenêtres », sans songer à l'avenir. Tout au plus pourrait-on songer à limiter les mesures de protection aux proches parents, aux *héritiers à réserve*, c'est-à-dire aux descendants et aux ascendants, ainsi qu'au conjoint du prodigue : la dation d'un conseil judiciaire constituerait ainsi comme le corollaire et la sanction de la *réserve* accordée par la loi à certains proches héritiers, en même temps que de l'obligation qui incombe à un conjoint de subvenir aux besoins de sa famille.

586. Le principe de l'assimilation du prodigue au faible d'esprit. — Dans le système de notre Code civil, le régime protecteur du prodigue et de sa famille est le même que celui qui est édicté pour le faible d'esprit : pour l'un comme pour l'autre, le remède consiste dans la *dation d'un conseil judiciaire* : article 513 à 515.

Les règles que nous avons exposées en étudiant la situation faite au faible d'esprit sont applicables telles quelles au prodigue, tant en ce qui concerne la liste des *personnes* qualifiées pour requérir la nomination du conseil que pour la *procédure* à suivre, la *publicité* du jugement et les *effets* qui y sont attachés : l'*incapacité* est une, pour la prodigalité comme pour la faiblesse d'esprit, et le *rôle du conseil* est, dans un cas comme dans l'autre, celui que nous avons déterminé précédemment. (*Sup.* n° 577 et suiv.)

587. Les particularités en matière de prodigalité. — Elles ont trait aux trois points suivants :

1° La prodigalité est une notion qui diffère profondément

de la faiblesse d'esprit; elle est constituée traditionnellement et d'après notre jurisprudence par deux éléments :

a) Il faut que les dépenses incriminées entament le *capital* du prétendu prodigue; on peut donc, si l'on possède une immense fortune, dépenser des millions ou des dizaines de millions chaque année, sans encourir le risque d'être taxé de prodigalité, au sens juridique du mot. (Paris, 31 janv. 1894, *D. P.*, 1894, 2, 233);

b) Il faut encore que les dépenses excessives — c'est-à-dire excédant le montant des revenus — ne se justifient en aucune façon au point de vue économique, qu'elles ne présentent ni nécessité, ni même utilité, mais qu'elles s'analysent en de véritables dilapidations. Il est évident que le propriétaire qui s'impose des sacrifices considérables pour la construction d'une maison ou pour la reconstitution d'un vignoble ne s'expose nullement à être taxé de prodigalité. En cette matière, la jurisprudence se montre fort accommodante : il a été jugé, par exemple, que le fait de se livrer à des spéculations de bourse ne suffit pas à justifier la dation d'un conseil judiciaire (Paris, 25 mars 1897, *D. P.*, 187, 2, 287); il en irait autrement du jeu proprement dit qui est la cause la plus fréquente, dans la vie comme au théâtre ou dans les romans, la cause classique de cette mesure de protection.

588. Indépendance juridique des deux causes de dation du conseil judiciaire : faiblesse d'esprit et prodigalité. — Du moment que ces deux causes sont nettement distinctes, on comprend que la jurisprudence ne veuille pas les considérer comme interchangeables et qu'elle n'admette pas qu'un tribunal, à qui la dation du conseil a été demandée pour cause de prodigalité, l'accorde pour faiblesse d'esprit; ce serait statuer à côté de la demande, chose particulièrement grave étant donné que le conseil de famille, qui a dû être consulté, ne s'était prononcé que sur la question de prodigalité non sur celle de faiblesse d'esprit qui, par hypothèse, était restée en dehors de ses prévisions. (Req. 16 mars 1887, *S.*, 1888, 1, 69; *D. P.* 1887, 1, 211). Plus récemment, cependant, la Chambre civile a rendu un arrêt qui, malgré qu'elle en dise, semble bien rompre, en quelque mesure, avec la jurisprudence antérieure (Civ., 22 mars 1927, *S.*, 1928, 1, 340); il est vrai que, dans sa décision, cette Chambre prend soin de relever que les faits, par elle retenus, avaient fait l'objet, dans l'espèce, et de la délibération du conseil de famille et de l'interrogatoire de l'intéressé.

589. — 2° Tandis que la dation d'un conseil pour cause de faiblesse d'esprit peut intervenir, soit directement, soit subsidiairement et comme corollaire du rejet d'une demande d'interdiction (art. 499), la nomination d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ne saurait être prononcée que *directement*, en conformité de la demande. (Voyez cependant l'arrêt précité du 22 mars 1927.)

590. — 3° Il arrive parfois qu'un prodigue, menacé d'un conseil judiciaire, procède en toute hâte, alors qu'il est encore pleinement capable, à une série d'actes destinés à neutraliser, pendant le plus longtemps possible, les effets du jugement à intervenir : il vend des immeubles, il contracte des emprunts; en un mot, il « profite de son reste ». Strictement, les actes ainsi passés sont inattaquables, puisqu'ils émanent d'une personne pleinement capable, et que, d'autre part, le jugement à intervenir ne rétroagira pas ; mais notre jurisprudence, faisant appel à la théorie de la *fraude*, n'hésite pas à les considérer comme nuls, du moins si la contre-partie était au courant et s'est fait le complice du subterfuge; il n'est pas possible de destituer à l'avance de ses effets légaux un jugement qui doit intervenir ultérieurement. (Voyez Req. 24 juin 1896, *D. P.*, 1897, 1, 404; 21 avril 1898, *D. P.*, 1898, 1, 413; 10 nov. 1919, *S.*, 1920, 1, 243; 25 oct. 1920, *D. P.*, 1921, 1, 31.)

Cette fraude est évidemment moins à craindre de la part d'un faible d'esprit qui serait sans doute incapable d'un tel machiavélisme; au reste, les actes de cette nature pourraient alors être attaqués, dans bien des cas, pour cause d'insanité d'esprit, en sorte que la théorie de la *fraude à la loi* ne présente pas ici la même utilité.

Quatrième Groupe d'Incapables

LES FEMMES MARIÉES

591. Bibliographie. — Paul Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*; Ch. Turgeon, *Le féminisme français*, t. II, pp. 162 et suiv.; thèses : Aftalion, Paris, 1898; Lerolle, Paris, 1898; Chéron, Paris, 1901, A. Damez, Lyon, 1905; *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1933, pp. 331 et suiv.

Sources. — C. civ., art. 215 et suiv.; L. 6 fév. 1893 (art. 311, C. civ.); L. 9 avril 1881 et 20 juill. 1895, art. 16; L. 20 juill. 1886, art. 13; L. 21 mars 1884, art. 4 modifié par L. 12 mars 1920; L. 13 juill. 1907, mod. par les lois du

19 mars 1919 et du 8 juin 1923; L. 12 juill. 1909, art. 16; L. 28 déc. 1922, art. 26; L. 19 juin 1923 (C. civ., art. 347); L. de finances du 30 mars 1929, art. 50.

592. Eléments d'histoire. — Dans les civilisations peu évoluées, la femme est incapable *à raison de son sexe même*, et quelle que soit sa situation de famille : dans l'ancienne *Rome*, elle était, soit sous la puissance paternelle, soit sous la *manus* du mari, soit en tutelle perpétuelle; chez les *Germains*, elle se trouvait soumise au *mundium* de son père, de son mari, d'un proche parent; et sa situation était tout aussi dépendante dans la France féodale ou dans l'ancienne Angleterre. C'est que, à ce stade de leur évolution, les peuples lient indissolublement les idées de *droit* et de *force* : celui-là seul peut posséder des droits et les exercer qui est à même de les défendre, à l'occasion, par les armes.

Les civilisations plus avancées se montrent plus favorables à la capacité de la femme qu'elles ne traitent plus en perpétuelle mineure; toutefois, l'évolution fut singulièrement lente dans notre pays, comme d'ailleurs en Angleterre; c'est que le mouvement féministe eut à compter, une fois la féodalité abattue, avec deux puissances qui ne lui étaient pas précisément favorables : l'*Eglise* et le *droit romain*.

L'*Eglise* catholique, qui se fit toujours — comme les jurisconsultes romains d'ailleurs — une très haute idée du mariage, manifesta, vis-à-vis de la femme, pour laquelle ses plus fameux docteurs se montrent fort sévères, une grande méfiance qui devait l'éloigner de toute tendance émancipatrice; quant au *droit romain*, son influence négative se manifestait par la persistance de certaines règles restrictives dont la plus connue était celle que formulait le *sénatus-consulte velléien*, rendu sous l'empereur Claude et interdisant aux femmes d'*intercéder* pour autrui, c'est-à-dire de s'engager dans l'intérêt d'autrui, par exemple de se porter cautions. L'autorité de ce sénatus-consulte fut reconnue dans les pays coutumiers comme dans les pays de droit écrit et résista, au moins dans beaucoup de régions, à l'abrogation dont il fut l'objet de la part de Henri VI qui rendit, à cet effet, en 1606, un édit fameux que nombre de Parlements se refusèrent d'ailleurs à enregistrer.

Pour avoir raison de ces forces hostiles, il fallut la grande tourmente révolutionnaire qui aboutit à la codification napoléonienne : désormais, la femme est libérée des trois principales influences contraires à son émancipation : la *féodalité*, l'*Eglise*, le *droit romain*.

593. Idée générale du système actuel. — Ce n'est pas à dire que la femme soit, depuis et en vertu du Code civil, pleinement capable; d'abord, elle n'a point conquis les *droits politiques*; le *droit public* n'a pas fait d'elle l'égale de l'homme, encore qu'elle possède l'électorat et l'éligibilité aux tribunaux de commerce (L. 23 janv. 1898 et L. 9 déc. 1931), aux Chambres de commerce (L. 11 déc. 1924) et aux Chambres d'agriculture (L. 3 janv. 1924, art. 5 et 15).

Mais de plus, et pour demeurer dans le domaine du *droit privé*, sa libération n'est pas générale et absolue : sans doute, elle n'est plus incapable *à raison de son sexe*; fille ou veuve, et du moment qu'elle est majeure, elle peut acquérir et exercer tous les droits; mais, se marie-t-elle, elle devient alors *incapable en tant que femme mariée*; de nos jours, et d'après notre Code civil, son incapacité est un effet, non de son sexe, mais du mariage.

594. Fondement de l'incapacité moderne. — L'incapacité de la femme mariée ne s'explique, de nos jours, ni, comme à Rome, par la « *levitas animi* » et la « *fragilitas sexus* », puisque la fille et la veuve majeures sont pleinement capables; ni par le désir, chez le législateur, de faire respecter l'autorité maritale, puisque, nous le verrons, la nullité qui la sanctionne est à la disposition, non seulement du mari, mais aussi de la femme elle-même (*inf.* n° 638); puisque, d'autre part, le mari mineur, bien qu'investi de la puissance maritale, n'a pas qualité pour autoriser sa femme à accomplir un acte juridique (*inf.* n° 619) : et, dès lors, la seule explication possible doit être cherchée dans l'*intérêt de la famille*. Unité sociale, la famille doit obéir à une impulsion unique, et cette impulsion est naturellement celle du mari; c'est à ce prix seulement qu'on évitera des tiraillements, des contradictions et des conflits; aucun acte grave ne doit pouvoir être accompli en dehors de la volonté du chef de la famille, ainsi sera assurée, par l'unité de direction, l'harmonie du ménage. On comprend dès lors que la sanction de l'incapacité soit aux mains de la famille immédiate tout entière (le mari, la femme et leurs héritiers), puisque c'est au profit de cette famille tout entière que l'incapacité a été établie; de même que l'on s'explique que le mari mineur ne soit pas qualifié pour fournir à sa femme l'autorisation nécessaire : incapable, ou du moins à moitié capable pour lui-même, il ne doit pas pouvoir tenir en ses mains inexpérimentées le sort du foyer : c'est le tribunal qui relèvera la femme de son incapacité.

595. Examen critique. — La thèse du Code civil peut se défendre en législation, du moins sous le régime d'une famille fortement organisée; on comprend que, dans une unité sociale ainsi constituée, aucune décision de quelque importance ne puisse être prise, soit par la femme, soit par les enfants mineurs, que du consentement du père de famille.

Mais la famille moderne tend à la décentration; les liens qui unissent ses membres sont devenus, en fait et même en droit, moins étroits; le mariage n'est plus absolu dans sa durée, depuis qu'il peut être dissous du vivant des époux, par le divorce; la puissance paternelle n'est plus absolue depuis qu'elle comporte une déchéance possible, en tout ou en partie. On peut et on doit déplorer ce relâchement, mais il existe et on ne saurait le nier; et c'est bien pourquoi l'incapacité de la femme mariée apparaît maintenant comme une institution archaïque et périmée; elle ne cadre plus avec l'état de nos mœurs, avec la réalité sociale; elle est appelée à disparaître.

Ce qui explique qu'elle se soit maintenue aussi longtemps, ce n'est pas seulement la force de la tradition et de la routine; c'est aussi cette circonstance que la femme occupe, dans la société française, une situation au moins égale, parfois supérieure à celle de l'homme : les mœurs ont émoussé la rigueur de la loi positive en se dissociant d'avec elle et en la sauvant ainsi d'une condamnation, dont, grâce à elles, le besoin s'affirmait moins urgent. (V. Niboyet, dans le *Bulletin de la Soc. de lég. comp.* 1933, pp. 348 et 349).

596. Droit comparé. — Une enquête auprès des législations étrangères nous édifiera sur les tendances contemporaines du droit commun mondial.

L'incapacité de la femme mariée n'est édictée, ni par le Code civil *allemand*, ni par le Code civil *suisse*; sans doute, le régime matrimonial adopté par les époux peut retentir sur leurs droits réciproques; sans doute aussi « le mari est le chef de l'union conjugale » (C. civ. *suisse*, art. 160); mais cette union est représentée « *pour les besoins courants du ménage* », par la femme comme par le mari (art. 163 du même code).

En *Angleterre*, pays dans lequel la femme mariée était jadis complètement incapable, absorbée qu'elle était dans la personnalité du mari, la réforme a été réalisée par deux lois de 1870 et de 1882; depuis cette dernière date, la femme mariée est aussi capable que la femme célibataire, c'est-à-dire qu'elle a les mêmes droits que l'homme : elle peut aliéner ses biens et plaider sans aucune autorisation.

Il va de soi que, dans les *pays soviétiques*, le mariage — si l'on peut donner ce nom à l'union précaire qu'y consacre le *Code de la famille* — n'entraîne pour la femme aucune incapacité (art. 100 et suiv. de ce Code).

Jusqu'à ces dernières années, les *pays latins* se séparaient, sur le problème de l'incapacité de la femme, des autres nations : la double influence de l'Eglise catholique et du droit romain y maintenait la femme mariée en état d'infériorité juridique; mais, même dans ce domaine réservé, la situation s'est profondément modifiée, au point de se retourner.

En *Italie*, l'incapacité fut abolie par une loi du 17 juillet 1919 (H. Capitant, note dans *Ann. Soc. lég. comp.*, t. XLVII, 1920, p. 64; Fubini, *Rev. trim. dr. civ.* 1922, p. 263);

En *Espagne*, la nouvelle Constitution de 1931 proclame, dans son article 43, que « le mariage est fondé sur l'égalité des droits pour les deux sexes »; aux termes de l'article 25 : « le sexe ne pourra jamais servir de fondement pour obtenir le privilège juridique »;

En *Roumanie*, où la législation civile était imitée de notre Code Napoléon, une loi du 20 avril 1932 a aboli l'incapacité de la femme mariée (V. René Popesco-Ramniceo, *Bull. de la Soc. lég. comp.* 1933, p. 186; Angelesco, *L'Abolition de l'incapacité de la femme mariée roumaine*, 1933).

En *Belgique*, on sait que notre Code civil est resté en vigueur, mais naturellement sous réserve de modifications réalisées par des lois plus récentes; parmi ces dernières, figure celle du 20 juillet 1932 qui, tout en maintenant, en principe, l'incapacité de la femme mariée, l'a tempérée par de nombreux et efficaces palliatifs, notamment en permettant au mari de procéder par voie d'autorisation générale. En revanche, dans le *Grand-Duché de Luxembourg*, l'incapacité a été maintenue, et plus strictement encore qu'en France, sans le tempérament que représente, dans notre pays, l'institution des biens réservés (*inf.* n° 610).

Dans l'*Amérique latine*, un revirement du même genre s'est effectué, soit au *Mexique* (L. du 9 avril 1917 sur *les rapports de la famille*, et *Code civil fédéral*, en vigueur depuis 1932, lequel consacre l'égalité juridique de l'homme et de la femme : *Bull. Soc. lég. comp.* 1933, p. 331), soit dans la *République argentine* où la femme mariée peut accomplir un grand nombre d'actes, par exemple choisir et exercer une profession, administrer ses biens propres ou ester en justice dans les procès qui les concernent (v. communication de Colmo et Roger, *Bull. Soc. lég. comp.* 1933, p. 221).

En somme, on ne peut plus guère citer, parmi les grands pays toujours *effectivement* attachés au statut de l'incapacité

de la femme mariée, que le *Brésil* et la *France*; encore le Code *brésilien* de 1917 a-t-il réduit sensiblement la portée de ce statut, dans ses articles 233 à 255.

596*bis*. Projet de réforme. — En France même, on a tenté de jeter bas ce statut lui-même et de rejoindre le plan du droit comparatif : un projet fut déposé en 1932, qui n'était peut-être pas exempt d'arrière-pensées d'ordre strictement politique; s'il n'a pas abouti, son échec fut imputable, pour une large part, outre la force de la tradition et la lenteur du mécanisme législatif, à l'angle trop ouvert sous lequel la réforme avait été envisagée : ce n'est pas seulement l'incapacité de la femme mariée que l'on s'attachait à supprimer, c'était aussi la puissance maritale que l'on prétendait abolir et ce sont nos régimes matrimoniaux que l'on allait bouleverser : programme trop ambitieux pour être réalisé d'un seul trait (v. sur ce projet de loi, *Rev. trim. dr. civ.* 1932, p. 1235).

Récemment, et pour aboutir plus aisément, on a détaché de ce projet la partie concernant la suppression de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme. Le texte, ainsi réduit à des proportions plus acceptables, a été adopté par le Sénat, en deuxième lecture, à la date du 19 mars 1937; il est actuellement soumis à l'examen de la Chambre des députés. (Pour la critique, v. les *notes parlementaires* de M. Vorin, dans la *Rev. trim.*, 1937, p. 207; et, du même auteur, dans le *D. H.*, une chronique intitulée *La suppression de l'incapacité de la femme mariée d'après le rapport de la Commission de législation du Sénat*, *D. H.*, 1934, p. 64.)

597. Plan. — Nous étudierons :

1° L'*incapacité* de la femme mariée;

2° Le *remède* à cette incapacité, lequel consiste dans une *autorisation* donnée par le mari ou par justice;

3° Les *sanctions* des règles légales.

Section I. — INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

598. Distinction. — Plan. — Il s'en faut de beaucoup que toutes les femmes mariées soient soumises au même statut; bien des circonstances sont de nature à influer sur leur incapacité, notamment le *régime matrimonial*, c'est-à-dire la charte qui régit les intérêts pécuniaires de l'association conjugale; ou bien la qualité de *commerçante*, ou l'exercice d'une *profession* quelconque, distincte de celle du mari, ou encore l'intervention d'une *séparation de corps judiciaire*.

Afin d'aller du simple au composé, du principe aux dérogations qu'il comporte, nous envisagerons d'abord l'incapacité d'une femme qui est mariée sous un régime de communauté, et qui, vivant avec son mari, n'exerce aucune profession distincte; après quoi, nous décrirons les complications possibles, les différentes variations dont ce thème simple est susceptible.

§ I. — LE DROIT COMMUN : INCAPACITÉ DE LA FEMME QUI, N'ÉTANT POINT SÉPARÉE DE CORPS ET N'EXERÇANT AUCUNE PROFESSION, EST MARIÉE SOUS UN RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

599. Idée générale ; plan. — L'incapacité dont la femme mariée est atteinte, en droit commun, n'est pas complète, mais elle est générale.

1° *Elle n'est pas complète* : car la femme, malgré le mariage, peut figurer sur la scène juridique; il ne lui est pas donné de tuteur, de représentant; elle a seulement besoin d'une autorisation pour compléter sa capacité très amoindrie; à ce point de vue, sa situation se rapproche de celle du mineur émancipé pour s'éloigner de celle du mineur non émancipé;

2° *L'incapacité est générale*, en ce sens qu'elle s'étend, en principe, à tous les actes, sauf exception; à cet égard, la situation de la femme mariée s'éloigne de celle du mineur émancipé pour se rapprocher de celle du mineur en tutelle.

Nous étudierons le *principe*, c'est-à-dire l'incapacité, puis les *dérogations* qu'il comporte.

I. — *Le principe de l'incapacité*

600. Division. — Le Code civil pose le principe de l'incapacité de la femme mariée en se référant distinctement aux *actes extra-judiciaires* (art. 217) et aux *instances* (art. 215 et 216).

I. **Actes extra-judiciaires.** — On entend par là les actes qui interviennent en dehors de tout procès, de toute instance.

L'article 217 déclare que la femme, fût-elle mariée sous un régime autre que celui de la communauté, « *ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux...* », sans être autorisée par qui de droit.

L'énumération est incomplète : il faut dire que la femme

ne peut ni *aliéner*, ni *acquérir*, ni s'*obliger*, sans être autorisée à cet effet.

1° Elle ne peut pas *aliéner*, soit à *titre onéreux*, soit, à plus forte raison, à *titre gratuit*, et sans distinguer entre les *meubles* et les *immeubles*. Elle ne saurait donc, ni *acquitter une dette* (ce serait aliéner un capital mobilier), ni à l'inverse *recevoir un paiement* (ce serait disposer de la créance dont elle était titulaire), ni grever ses biens de *droits réels*, par exemple d'une *hypothèque* (art. 217);

2° Elle ne peut pas davantage *acquérir*, soit à *titre onéreux*, soit à *titre gratuit* (art. 217 et 905), en matière *mobilière* comme en *matière immobilière*;

3° Enfin, elle est incapable de *s'obliger*, d'assumer des dettes, au moins par des contrats (art. 1124).

En conséquence, elle ne saurait, à moins d'être séparée de corps, *exercer un commerce* sans en avoir obtenu l'autorisation (C. com. art. 4; *inf.* n° 609. — V. Req. 2 juin 1937, *D. H.*, 1937, 377).

On le voit, ce ne sont pas seulement les *actes de disposition* qui sont fermés à la femme mariée; ce sont aussi *les actes d'administration*, tels un bail ou la perception de revenus.

601. II. **Actes judiciaires.** — Aux termes de l'article 215, la femme ne peut « *ester en jugement* », c'est-à-dire figurer dans un procès, plaider, sans une autorisation; peu importent l'*objet* du litige, la nature de la *juridiction* saisie, le *régime matrimonial* des époux ou même le *rôle* joué par la femme dans l'instance : *demanderesse* ou *défenderesse*, elle est également incapable.

II. — *Les dérogations; actes auxquels la femme peut procéder sans autorisation*

602. — Distinguons, ici encore, les actes *extra-judiciaires* et les instances.

I. **Actes extra-judiciaires.** — Une triple observation doit être faite qui, précisant la portée même du sujet, nous permet d'éliminer des exceptions plus apparentes que réelles:

603. — 1° La femme mariée a la *puissance paternelle* sur ses enfants; sans doute, en thèse générale, elle en a seulement la *jouissance*, non l'*exercice*, lequel est dévolu à son mari; mais il y a lieu de noter :

a) Que cet exercice lui appartient et sur les enfants qu'elle aurait eus d'un précédent mariage et même sur les enfants

communs lorsque le mari, pour une cause ou pour une autre, n'a plus la puissance paternelle : absence (art. 141), déchéance, interdiction, etc.;

b) Que, même lorsqu'elle n'a pas l'exercice de la puissance paternelle, la mère est appelée, dans des éventualités déterminées, à intervenir dans la vie juridique de ses enfants, soit pour autoriser leur *mariage* alors qu'ils sont encore en état de minorité (art. 148), soit pour accepter une *donation* qui leur est offerte (art. 935, § 3).

En pareille occurrence, la femme mariée accomplit, pour le compte de ses enfants, des actes auxquels elle serait incapable de procéder pour son compte personnel : ainsi s'affirme l'opposition entre les deux concepts du *pouvoir* et de la *capacité*, que nous avons précédemment soulignée (*sup.* n^os^ 305 et 306).

603*bis*. 2° **Dépenses courantes ; mandat domestique.** — Les femmes mariées concluent chaque jour des actes juridiques avec des fournisseurs ou avec des domestiques, en vue de l'entretien de la famille, de la marche du ménage : elles *achètent* des denrées; elles passent des *marchés* de fournitures ou de réparations; elles engagent des domestiques ou des ouvriers avec qui elles concluent des *louages de services* ou *d'ouvrage*. La *validité* des engagements assumés dans ces conditions et à cet effet ne saurait être mise en doute; on ne peut cependant pas songer à faire intervenir le mari chaque fois que la femme passe une commande à l'épicier, au boulanger ou au tapissier; mais, comme aucun texte ne s'occupe de la question, comme on se trouve ici en *plein droit coutumier*, des difficultés se sont élevées lorsqu'il s'est agi d'expliquer juridiquement la validité des actes passés par la femme.

Certains ont voulu faire appel, malgré tout, à l'idée d'*autorisation*; le mari donnerait à sa femme une autorisation *générale* et *tacite* de procéder aux actes ménagers qui sont impliqués par la vie domestique (Civ., 21 fév. 1872, *S.*, 1872, 1, 60; *D. P.*, 1873, 1, 63). Mais cette explication ne cadre pas avec l'économie générale du système de notre Code civil en matière d'autorisation : comme nous le verrons, celle-ci doit être spéciale et être donnée par écrit ou résulter du concours du mari dans l'acte (art. 217, *inf.*, n^os^ 625 et 626).

Depuis longtemps, on préfère recourir, pour expliquer la validité des actes de la femme, à la notion du *mandat*; on considère que la femme a reçu un mandat pour toutes les dépenses du ménage, mandat dit *domestique* et qui lui

serait conféré, pour les uns par le mari, pour les autres, et plus raisonnablement, par la loi elle-même, virtuellement, implicitement; il s'agirait d'un « mandat tacite et nécessaire » (Req. 6 août 1878; *D. P.*, 1879, 1, 400), d'où, pour la femme, *pouvoir de représentation* du mari qui ne serait autre chose que l'*un des effets* du mariage, et qui s'explique lui-même, à notre avis, par le devoir de secours qui existe entre époux et par l'obligation qui incombe au mari de subvenir aux dépenses du ménage proportionnellement à ses ressources (*inf.*, n° 876). Dans cette conception, la femme agit, non plus en son nom et pour son compte personnel, mais comme mandataire et en tant que représentant son mari (*Sic.* Civ., 12 janv. 1874, *D. P.*, 1874, 1, 153; 17 déc. 1901, *D. P.*, 1903, 1, 153, *S.*, 1905, 1, 37; Req., 8 nov. 1905, *D. P.*, 1906, 1, 14, *S.*, 1907, 1, 145; Paris, 8 juillet 1925, *D. P.*, 1926, 2, 77, note Nast).

Il résulte de là :

a) Que le créancier à raison d'achats faits par la femme ou d'engagements pris par elle ne peut pas saisir ses biens personnels, car elle ne s'est pas engagée elle-même : c'est dans le patrimoine du mari, non dans le sien, que l'acte a produit ses effets;

b) L'*étendue* du mandat dépend, non de la volonté arbitraire du mari, mais de certaines circonstances objectives, notamment des ressources du ménage auxquelles il doit être mesuré; les fournitures qu'une femme peut commander en vertu du mandat domestique, sont celles « que le mari n'aurait pu, à raison de ses facultés et de l'état du ménage... refuser... sans contrevenir à ses obligations légales » (Civ., 16 juillet 1889, *D. P.*, 1891, 1, 158; 29 janv. 1930, *D. H.*, 1930, 161; trib. civ , Seine, 11 juillet 1922, *D. P.*, 1924, 2, 105, note Nast; Colmar, 20 avril 1934, *D. H.*, 1934, 372);

c) Le mandat étant révocable, le mari peut mettre fin à celui-ci et couper par là même tout crédit à sa femme auprès des fournisseurs; mais encore faut-il pour cela que ceux-ci aient été avisés effectivement (un *avis* inséré dans les journaux ne serait pas toujours considéré comme suffisant), et de plus, que le retrait des pouvoirs se justifie par des raisons particulières, par un *juste motif* : il ne peut dépendre du mari de mettre fin arbitrairement à l'un des effets du mariage.

La jurisprudence interprète le mandat domestique de plus en plus largement; il a été jugé qu'une femme ne dépasse pas nécessairement les termes de ce mandat lorsqu'elle contracte un *emprunt*, du moins si les sommes par elle empruntées sont destinées à subvenir aux dépenses

du ménage (arrêt précité 17 déc. 1901). Mais il en va autrement pour les opérations financières (Req., 30 mai 1932, *S.*, 1933, 1, 217, note P. Gueyot; *D. H.*, 1932, 345), et pour les dépenses nécessitées par la construction d'une maison (Civ., 29 janv. 1930, *S.*, 1931, 1, 321, note Chavegrin). Dans tous les cas c'est au créancier qu'incombe, en l'occurrence, la preuve de l'existence du mandat (même arrêt).

604. — 3° En nous cantonnant désormais dans le domaine de la *capacité* proprement dite et en écartant la notion de *pouvoir*, il faut constater encore qu'aucune autorisation n'est requise lorsqu'il s'agit, pour la femme, de subir les conséquences d'une situation qui est créée par la loi elle-même : l'établissement de droits *légaux*, d'obligations *légales* ne saurait être entravé du fait de l'incapacité des personnes; c'est ainsi que les *impôts* atteignent les contribuables sans égard pour leur capacité ou leur incapacité juridiques, et qu'un fonds supporte les *servitudes naturelles ou légales* auxquels il est prédisposé, sans qu'il y ait lieu de distinguer d'après la personnalité de son propriétaire.

Jusqu'ici, ce ne sont pas de véritables dérogations à la règle de l'incapacité de la femme mariée que nous avons rencontrées; pour en découvrir, il faut, d'une part se cantonner dans le domaine de la capacité proprement dite, par opposition au pouvoir, d'autre part ne retenir que les actes volontaires, à l'exclusion des relations juridiques qui s'établissent nécessairement, obligatoirement et en dehors d'une manifestation de volonté de la part des intéressés.

605. Véritables dérogations à la règle de l'incapacité. — Elles sont encore assez nombreuses :

1° Il est admis que la femme mariée peut procéder, sans autorisation, aux actes d'ordre *conservatoire*, lesquels tendent uniquement à maintenir son patrimoine dans son actuelle intégrité : inscription d'une hypothèque, apposition de scellés, interruption d'une prescription;

2° Elle peut procéder à certains actes d'ordre essentiellement *personnel* :

a) Elle est admise à faire librement son *testament* (art. 226) et cela pour deux raisons : il s'agit ici d'un acte essentiellement *secret*, qui répugne donc à toute collaboration, à toute autorisation, et qui, d'ailleurs, ne doit sortir effet qu'après le décès de son auteur, à un moment où, le mariage étant rompu, il ne sera plus question de l'incapacité qu'il entraîne;

b) La femme mariée peut aussi révoquer, sans autorisa-

tion aucune, les donations entre vifs par elle consenties à son mari au cours du mariage; il ne saurait être question de subordonner la validité de cette décision à une autorisation que le mari refuserait sans doute systématiquement (art. 1096, § 2);

3° Différentes lois sont venues faciliter aux femmes l'accès des *Caisses d'épargne* (L. 9 avril 1881 et L. 20 juill. 1895, art. 16). Il ressort de ces textes :

a) Que la femme mariée peut, quel que soit son régime matrimonial, se faire donner un livret de caisse d'épargne et effectuer librement des *dépôts* de sommes d'argent;

b) Que, pour les *retraits*, le principe est bien encore la capacité, sauf pour le mari le droit de faire *opposition*, par acte d'huissier. En fait, ce droit, dont l'exercice est soumis à un formalisme compliqué, n'est presque pas utilisé; la femme peut, d'ailleurs, se pourvoir contre l'opposition maritale, devant le tribunal.

Comp., pour la *Caisse nationale des retraites sur la vieillesse*, la loi du 20 juillet 1886, art. 13;

4° Aux termes de la loi du 28 décembre 1922, art. 26, et par dérogation aux prescriptions de l'article 217, C. civ., « *Les femmes mariées, titulaires d'une pension..., d'une allocation... sont admises à en percevoir directement les arrérages, sans être astreintes à la production de l'autorisation maritale.* »

5° Pour l'*adoption*, voyez l'article 347 (modifié par L. 19 juin 1923; *inf.*, n° 1303);

6° La femme mariée a la *capacité délictuelle* : elle répond de ses actes illicites, délits ou quasi-délits; la solution n'est pas écrite dans la loi; cependant, nul n'en conteste l'exactitude : traditionnellement, tout être doué de discernement a la capacité délictuelle (voy. pour le mineur, *sup.* n° 319); au reste, on ne voit pas sous quelle forme pourrait intervenir l'autorisation maritale qui constituerait, en l'occurrence, une absurdité;

7° Il est également certain que la femme mariée est parfaitement capable d'assumer des obligations nées d'un *enrichissement* par elle réalisé *sans cause* (Arg. art. 1312), et que, si un tiers gère ses intérêts, elle est tenue de l'indemniser dans la mesure où la gestion aura été utile.

606. II. **Instances.** — Le dogme de l'incapacité comporte, devant le prétoire des juridictions, quelques accommodements :

1° *Défense en matière pénale.* — D'après l'article 216 « *l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la*

femme est poursuivie en matière criminelle ou de police ». Cette formule doit être interprétée largement en ce sens qu'il faut la considérer comme visant *toutes les poursuites d'ordre répressif* engagées contre une femme à raison d'une infraction par elle commise à la loi pénale, sans distinguer d'après la gravité de l'acte ni suivant la nature de la juridiction saisie : du moment que la femme a commis un crime, un délit ou une contravention, l'*action publique* est susceptible d'être exercée contre elle, sans aucune autorisation, devant une juridiction répressive quelconque : cour d'assises, tribunal correctionnel, tribunal de simple police.

Quant à l'*action civile*, tendant à la répartition du dommage causé à la victime, il faut distinguer : l'incapacité de la femme cède lorsque cette action est portée *devant la juridiction répressive* et accessoirement à l'action publique qui lui communique, dans quelque mesure, ses immunités; elle subsiste, au contraire, si l'action est intentée, *devant une juridiction civile*, à l'état principal et isolé : une autorisation sera alors nécessaire pour que l'instance soit valablement engagée.

On comprend aisément que la nécessité d'une autorisation soit mise de côté lorsqu'il s'agit, pour la femme, de répondre à l'action engagée par le ministère public : le cours de la justice pénale ne saurait être interrompu ou suspendu par la volonté du mari; il serait d'ailleurs dérisoire et ridicule de demander à celui-ci la permission d'engager des poursuites contre sa femme, coupable d'un vol, d'une escroquerie ou d'un meurtre. Mais la situation serait tout autre s'il s'agissait pour la femme de prendre l'initiative des poursuites pénales contre un tiers; elle devrait, pour user du droit de *citation directe* ou pour se porter *partie civile*, obtenir l'autorisation habituelle.

En résumé, on en revient au droit commun de l'incapacité :

a) Lorsqu'une *action civile* a été dirigée contre la femme, isolément et devant une juridiction civile;

b) Lorsque la femme, au lieu de jouer le rôle de défenderesse, prend, sous une forme ou sous une autre, l'initiative de poursuites pénales contre un tiers;

2° La femme peut, sans autorisation, introduire une demande en *divorce* ou en *séparation de corps*, contre son mari, dont il serait dérisoire de solliciter, en pareil cas, l'assentiment (art. 238, § 4);

3° Lorsqu'un *bien de famille* a été constitué, la femme a la capacité d'agir en justice, à son occasion et sans autorisation (L. 12 juill. 1909, art. 16, § 3).

§ II. — LES SITUATIONS PARTICULIÈRES ET LES DIVERSES MODALITÉS DONT L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE EST SUSCEPTIBLE.

607. Enumération. — L'incapacité de la femme mariée est susceptible d'être influencée par différentes éventualités; il y a lieu de tenir compte :

1° Du *régime matrimonial* des époux;

2° De la qualité de *commerçante* chez la femme;

3° De cette circonstance qu'elle exerce une *profession* distincte de celle de son mari;

4° De l'éventualité d'une *séparation de corps judiciaire*;

5° De celle d'une *séparation de fait*.

608. 1° Le régime matrimonial. — Il exerce parfois une grande influence sur l'incapacité de la femme qu'il modifie, tantôt dans le sens de l'*atténuation*, parfois dans celui de l'*aggravation*.

a) Dans le sens de l'*atténuation*, au cas où les époux sont *séparés de biens*, soit en vertu de leur contrat de mariage, soit à raison d'un jugement intervenu au cours du mariage sur l'initiative de la femme. Séparée de biens, celle-ci conserve ou reprend la « *libre administration* » de ses biens (art. 1449) : comme nous l'avons précédemment noté (*sup.* n° 328), sa capacité est alors plus développée que celle du mineur émancipé à qui la loi ne permet que les actes de « *pure* administration »; elle peut, non seulement donner ses immeubles à bail jusqu'à concurrence de neuf années, mais aussi recevoir les sommes qui lui sont dues et donner quittance, qu'il s'agisse de simples revenus ou même de *capitaux*. Son incapacité est ainsi limitée aux actes de *disposition*;

b) Au contraire, le *régime dotal* aggrave l'incapacité de la femme qui est frappée, sous son influence, d'une incapacité spéciale et supplémentaire, l'*incapacité dotale*, laquelle lui enlève la possibilité de disposer de sa dot et d'en compromettre le recouvrement, *fût-ce avec l'autorisation de son mari* (art. 1554).

609. 2° La qualité de commerçante chez la femme. — La femme qui exerce un commerce, ce qui suppose le consentement de son mari (C. com. art. 4), bénéficie d'une capacité entière pour les actes intéressant ledit commerce;

elle peut hypothéquer ou même aliéner ses immeubles librement (C. com. art. 7), mieux traitée en cela que le mineur commerçant à qui le législateur refuse le droit d'aliéner ses biens immobiliers (C. com. art. 6, § 2); il n'est pas jusqu'à l'accès du prétoire qui ne lui soit partiellement ouvert, sinon d'après le Code civil (art. 215), du moins depuis l'intervention et en vertu de la loi du 13 juillet 1907, laquelle lui a permis de plaider librement du moment que le litige concerne les biens provenant de l'exercice de sa profession (art. 6 de cette loi, qui a ainsi modifié partiellement et indirectement, pour ce qui est de la femme commerçante, la disposition de l'article 215 C. civ.).

Mais il est entendu que cet élargissement de la capacité de la femme commerçante est *strictement limité à ses intérêts commerciaux* (art. 220); du moment que ces intérêts ne sont plus en jeu, on en revient à la règle de l'incapacité et à la nécessité d'une autorisation donnée spécialement en vue de l'acte à accomplir.

610. 3° L'exercice, par la femme, d'une profession distincte de celle du mari. — Une loi du 3 juillet 1907, dont nous étudierons les dispositions à propos des régimes matrimoniaux, donne à la femme laborieuse, exerçant une profession distincte de celle du mari, une très large capacité, *sous tous les régimes*, en ce qui concerne les biens provenant de son travail, et désignés sous le nom de *biens réservés* : elle peut, non seulement les administrer, mais encore en *disposer*, soit en les aliénant à titre onéreux, soit en les grevant de droits réels et notamment d'hypothèques (art. premier de la loi); elle peut les *placer* à sa guise; enfin, la capacité de *plaider* lui est reconnue dans toutes les contestations relatives aux droits lui appartenant sur le pécule réservé (art. 6 de la loi).

Une seule limitation est apportée à sa capacité : elle ne saurait disposer, *à titre gratuit*, de ses biens réservés; encore un tempérament a-t-il été apporté à cette prohibition par une loi du 19 mars 1919 (v. l'art. premier, § 4 de la loi du 13 juillet 1907).

Il est à noter que le mari peut faire retirer à sa femme la large capacité qui lui est conférée sur ses biens réservés; mais alors, le retrait doit être demandé au tribunal, « *notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion* » (L. 13 juillet 1907, art. 7).

611. — La femme qui exerce une profession peut, sans autorisation, adhérer à un *syndicat professionnel*, voire

même participer à son administration ou à sa direction (l. 21 mars 1884, art. 4, modif. par l. 2 mars 1920; C. trav. livre III, art. 5).

612. 4° La séparation de corps judiciaire. — La *séparation de corps*, à la différence du *divorce*, ne dissout pas le mariage mais relâche seulement le lien conjugal, notamment en faisant cesser l'obligation de cohabitation : le foyer, sinon le mariage, est détruit.

Il y a ainsi un certain nombre d'effets attachés au mariage qui disparaissent avec la séparation : de ce nombre est l'incapacité de la femme : séparée de corps, judiciairement, *celle-ci n'a plus besoin d'une autorisation quelconque, même pour les actes les plus graves*, même pour effectuer des placements, pour aliéner des biens, mobiliers ou immobiliers, à titre onéreux ou à titre gratuit, ni pour ester en justice; elle a, en effet, recouvré « *le plein exercice de sa capacité civile* » (art. 311, modifié par la loi 6 fév. 1893). Grâce à la réforme ainsi réalisée par cette dernière loi, la femme séparée de corps n'en est plus réduite à subir l'humiliation que lui infligeait le Code civil, d'après lequel elle devait solliciter l'autorisation de l'homme dont elle avait été séparée pour des motifs très graves et dont l'obligatoire protection constituait un contresens juridique et moral.

613. 5° La séparation de fait. — Lorsque des époux vivent séparément, et alors que cette situation de fait ne correspond à aucun changement survenu dans leur situation juridique, il semble bien que l'incapacité de la femme doive subsister intégralement, puisqu'elle a sa source dans le mariage, lequel, par hypothèse, n'a été ni rompu ni relâché. Mais l'application de ce droit strict ferait à la femme délaissée un sort bien cruel, puisqu'elle la mettrait dans l'impossibilité de gagner sa vie et de conclure même les actes de la vie courante, sans être obligée d'implorer une autorisation que son mari refuserait sans doute et qu'elle devrait donc sans cesse solliciter du tribunal, à chaque occasion. Aussi la jurisprudence s'est-elle efforcée de venir à son aide, de lui rendre la vie juridiquement et pratiquement possible en recourant à différents concepts juridiques qui, faisant irruption dans le droit du mariage, ont pour résultat de faire reculer l'incapacité de la femme : c'est en étudiant la famille, et plus spécialement le mariage, que nous retrouverons et que nous indiquerons les différents systèmes édifiés à cette occasion (*inf.* n° 1012).

Section II. — LE REMÈDE À L'INCAPACITÉ. L'AUTORISATION DU MARI OU DE JUSTICE

614. Plan. — La femme mariée, étant douée de discernement, a l'aptitude à figurer sur la scène juridique; pour elle, pas n'est besoin d'un régime de représentation; une simple *autorisation* suffit à compléter sa capacité imparfaite; c'est cette autorisation que nous allons étudier, en recherchant :

1° *Qui* a qualité pour la donner;
2° Comment elle doit être *demandée*;
3° Comment, sous quelles formes elle peut être *donnée*;
4° Quelle est son *étendue*;
5° À quel *moment* elle peut intervenir;
6° Quels *effets* elle produit.

§ I. — QUI A QUALITÉ POUR DONNER L'AUTORISATION?

615. En principe, l'autorisation émane du *mari*; *exceptionnellement*, elle est donnée par *justice*.

Le *principe* est écrit dans différents textes, entre autres les articles 215 et 217 : chef de la famille, détenteur de l'autorité maritale, il est naturel que le mari soit appelé à habiliter sa femme, à la relever, s'il y a lieu, de l'incapacité dont elle est frappée à raison du mariage.

616. Exceptionnellement, la femme est habilitée par justice, en principe par le *tribunal de première instance* (art. 219), mais sous le bénéfice de cette réserve importante et rationnelle que, s'il s'agit pour elle de plaider, l'autorisation peut lui être donnée par la juridiction même devant laquelle doit se dérouler le litige (voy. pour les *justices de paix*, L. 12 juill. 1905, art. 16; pour les *conseils de prud'hommes*, L. 27 mars 1907, art. 36).

En *Alsace* et en *Lorraine*, l'autorisation est donnée par le *tribunal cantonal* (L. 1er juin 1924, art. 83 — 2°).

Cette compétence de l'autorité judiciaire pour habiliter la femme mariée en vue d'un acte judiciaire ou extra-judiciaire, n'est jamais que *subsidiaire* : elle suppose que le mari *ne veut pas* ou bien qu'il *ne peut pas* donner lui-même l'autorisation requise

617. — I. Le mari *ne veut pas* autoriser sa femme : sa résistance peut être brisée par le tribunal, à supposer, bien

entendu, qu'elle soit *injustifiée* (art. 218 et 219); le tribunal a le choix entre trois partis : accorder l'autorisation dans les termes où elle lui est demandée; la refuser purement et simplement; enfin, l'accorder, mais en l'assortissant de telles réserves, de telles conditions qu'il jugera opportunes.

618. — II. Le mari ne *peut pas* donner l'autorisation. Distinguons entre l'impossibilité *matérielle* et l'impossibilité *juridique*.

A. **Impossibilité matérielle.** — Elle est manifeste en cas d'*absence* ou de *folie* du mari :

1° *Absence* (art. 222) : ce texte ne distingue pas entre les différentes périodes de l'absence; dès qu'il y a présomption d'absence, la femme doit s'adresser à l'autorité judiciaire à fin d'autorisation.

En revanche, il semble bien que la simple *non-présence*, c'est-à-dire l'*éloignement* du mari ne suffise pas à donner compétence d'emblée au tribunal; il est vrai que Pothier enseignait l'opinion contraire (*De la puissance du mari*, n° 12), mais la situation est bien modifiée depuis l'ancien régime : d'une part, les communications sont devenues singulièrement plus faciles et plus rapides; il est aisé à une femme de se faire autoriser par lettre ou par télégramme : d'autre part, l'article 863, C. pr., comme l'article 222 C. civ. ne visent que les cas d'absence du mari, non l'éventualité d'un simple éloignement; il est vrai qu'une loi du 3 juillet 1915 a dérogé à ce système restrictif en permettant à la femme de recourir directement à l'autorisation de justice; mais cette disposition appartient au droit de la guerre; elle se justifiait par des considérations spéciales, par un état de choses exceptionnel auquel elle n'a pas survécu, et elle fournit donc un argument *a contrario* en faveur de notre thèse bien plutôt qu'un argument d'analogie en faveur de l'opinion adverse; enfin, il faut se rappeler qu'en principe la simple non-présence, à la différence de l'absence, ne produit pas d'effets juridiques (*sup.* n° 195). Pour ces diverses raisons, nous estimons que la femme dont le mari est simplement éloigné, ne saurait s'adresser d'emblée au tribunal; ou bien elle se fera autoriser par correspondance, ou bien elle devra attendre le retour de son époux; mais la question est controversée;

2° La *folie*. L'article 222 ne prévoit que l'*interdiction* (judiciaire) du mari. Mais cette disposition est bien trop étroite; en réalité, il faut appliquer ici les principes géné-

raux précédemment exposés en étudiant la situation juridique des aliénés :

a) Si le mari est *interdit* ou si, sans être interdit, il est *interné*, il ne saurait autoriser sa femme puisqu'il est atteint, dans ces deux cas, d'une incapacité permanente et continue;

b) Si le mari n'a été l'objet d'aucune mesure particulière, on distingue entre les moments de démence et les intervalles lucides; c'est seulement au cours de ceux-ci qu'il peut valablement autoriser sa femme;

c) Enfin, si le mari est pourvu d'un *conseil judiciaire*, il est admis, en jurisprudence, que son pouvoir d'autorisation est calqué sur sa propre capacité : il peut donc autoriser sa femme à accomplir les actes auxquels il pourrait procéder pour son propre compte; mais, pour les actes plus graves, l'intervention du tribunal devient indispensable (Civ. 6 déc. 1876, *S.* 1877, 1, 64; *D. P.* 1877, 1, 307; 5 juillet 1921, *D. P.* 1921, 1, 214; trib. civ. Lyon, 8 juin 1872, *D. P.* 1873, 3, 7).

619. B. **Impossibilité juridique.** — Nous ne revenons pas sur les cas d'interdiction, d'internement ou de dation d'un conseil judiciaire, et nous supposons que le mari est *mineur*, ou bien qu'il a subi certaines *condamnations*.

1° *Minorité*. L'article 224 décide que la femme, dont le mari est en état de minorité, doit obtenir l'autorisation du tribunal, tant pour plaider que pour accomplir des actes extra-judiciaires. La décision semble donc absolue; elle vaut pour tous les actes.

Cependant, il faut songer que le mari mineur a été nécessairement et de plein droit émancipé par son mariage; il a donc une certaine capacité qui lui permet d'accomplir, pour son propre compte, les actes de pure administration; on en conclut couramment qu'il a qualité pour autoriser sa femme en vue d'actes de cette catégorie : c'est seulement pour les actes plus graves que la femme devra s'adresser d'emblée au tribunal. La remarque est d'ailleurs de faible importance pratique : car, ou la femme est séparée de biens, et elle a alors la libre administration de son patrimoine; ou elle est mariée sous un autre régime, mais alors c'est son mari qui gère ses biens à raison même de l'économie dudit régime. Cependant, il faut se rappeler que la femme, fût-elle séparée de biens, ne peut, sans autorisation, ester en justice; son mari qui, en sa qualité de mineur émancipé, a la capacité d'exercer les actions mobilières, sera donc qualifié, dans l'opinion dominante, pour l'habiliter en vue de litiges de ce genre.

620. 2° Certaines condamnations :
a) Aux termes de l'article 221 : « Si le mari est frappé d'une condamnation comportant peine afflictive ou infamante », la femme doit demander l'autorisation, non plus au condamné, mais au tribunal.

Les condamnations visées par ce texte sont les condamnations à des *peines criminelles* (C. pén. art. 28), et il est à remarquer que la déchéance du mari est limitée à *la durée de la peine* (art. 221) ; elle prend fin, du moins dans l'opinion dominante, avec la libération du condamné.

Le texte prévoit le cas où la condamnation aurait été prononcée *par contumace*, c'est-à-dire contre le mari en fuite, et il édicte également la déchéance dans cette éventualité.

621. — *b*) Il est une peine d'ordre simplement *correctionnel* qui entraîne, pour le mari, la même conséquence : c'est celle qui serait prononcée contre lui pour *abandon de famille*, délit spécial créé par la loi du 7 février 1924 (V. *inf.* n° 1163) ; le mari condamné de ce chef, est déchu du droit d'habiliter sa femme (art. 222, complété par cette loi de 1924). C'est du moins la solution qui paraît se dégager de ce texte, bien que, pour certains auteurs, la compétence du tribunal soit alors purement facultative, la femme conservant la faculté de s'adresser au mari à fin d'habilitation (*Sic.* Rouast, *La famille*, dans le *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert, n° 475). Mais il suffit de lire le deuxième paragraphe de l'article 222 pour observer la relation qu'il établit entre les cas d'interdiction ou d'absence du mari d'une part, et celui de condamnation pour abandon de famille d'autre part ; or, dans la première série d'éventualités, la disqualification du mari est complète ; il en doit donc être de même dans la dernière éventualité, formellement assimilée par la loi aux deux premières.

622. Cas dans lesquels l'autorisation de la justice est inadmissible. — Non seulement la compétence de l'autorité judiciaire, pour l'habilitation de la femme, n'est jamais que subsidiaire à celle du mari, mais encore il arrive qu'elle soit exclue, absolument ; pour *certains actes*, l'autorisation du mari est exigée, sans substitut possible.

1° Il en est ainsi du *compromis* dont nous avons signalé, en étudiant la tutelle des mineurs, le caractère dangereux (*sup.* n° 429), C. pr., art. 83, § 6 et 1004 combinés.

2° La femme, mariée sous le *régime dotal*, ne peut aliéner les biens dotaux en vue de l'établissement des enfants com-

muns, issus du mariage actuel, qu'avec l'autorisation du mari et à l'exclusion de la permission du juge (art. 1555 et 1556 combinés); s'il s'agissait, au contraire, d'établir des enfants que la femme avait eus d'un premier lit, l'opposition du mari, rendue suspecte par sa qualité de parâtre, pourrait être surmontée par le tribunal;

3° La femme ne peut accepter les fonctions *d'exécutrice testamentaire* qu'avec l'autorisation maritale, à moins cependant qu'elle ne soit séparée de biens, auquel cas elle serait admise à solliciter la permission du juge (art. 1029, §§ 1 et 2);

4° Il semble bien, quoique la loi ne s'en explique pas formellement, que les fonctions de *tutrice* ou de *subrogée tutrice* ou de *curatrice* ne puissent être acceptées que par la femme autorisée du mari; d'une part, les articles 405, § 2, 420, § 2 et 480, § 2 ne font allusion qu'à l'autorisation maritale; d'autre part, l'acceptation de telles fonctions peut entraîner de graves conséquences pour le ménage, plus encore que celles d'exécutrice testamentaire qui, dans la plupart des cas, sont éphémères; enfin, et surtout, pour ce qui est de la tutelle, on sait que le mari est nécessairement cotuteur de droit (art. 405, § 2): il est impossible de lui infliger cette qualité contre sa volonté et par décision judiciaire.

623. Cas douteux. — Sur ces quatre cas dans lesquels le mari a le monopole de l'autorisation, la controverse n'est guère possible, même pour le dernier. Au contraire, les dissidences surgissent lorsqu'il s'agit, pour la femme, de faire le *commerce* ou plus généralement d'entreprendre une *profession quelconque*, notamment celle d'*avocat* ou *d'actrice* : certainement, une autorisation lui est alors nécessaire; mais on se demande si celle de justice peut, à l'occasion, suppléer celle du mari? Peu de questions divisent à ce point la doctrine et la jurisprudence : on a proposé de distinguer — du moins pour le commerce — d'après le régime matrimonial des époux et de n'exiger absolument l'autorisation maritale que sous les régimes de communauté, lesquels unissent étroitement les intérêts des conjoints et rendent donc la décision de la femme plus sensible au mari; d'autres auteurs donnent des solutions différentes — et pour toutes les professions — selon que le mari a refusé son autorisation ou qu'il se trouve dans l'impossibilité de la donner; le refus serait bien insurmontable, mais le tribunal pourrait parer à la carence maritale.

Cette dernière position serait assurément la meilleure en

législation, et l'on comprend qu'elle rallie des suffrages, même en tant qu'expression de notre droit positif; autant il est inadmissible que la femme puisse changer du tout au tout son genre de vie, son « standard » d'existence, par exemple, en passant de la vie bourgeoise à celle de la scène, du barreau ou du cinéma, contre la volonté de son mari, autant il serait fâcheux que, celui-ci venant à disparaître ou à être condamné, ou à perdre la raison, elle se trouvât mise dans l'impossibilité, faute d'autorisation, de gagner sa vie et celle de ses enfants.

La jurisprudence a une tendance à admettre, en pareille matière, le contrôle des tribunaux, afin de conjurer les abus d'autorité de la part du mari (*Sic.* Req 9 nov. 1859, *motifs*, *D. P.* 1860, 1, 87; Grenoble, 7 janvier 1863, *D. P.* 1863, 5, 38; trib. civ. Lyon, 5 mars 1908, *D. P.*, 1908, 5, 33; Paris, 3 janvier 1868, *S.*, 1868, 2, 55; trib. civ. Seine 16 mai 1891, *Pand. fr.* 1894, 2, 56).

§ II. — COMMENT L'AUTORISATION DOIT ÊTRE DEMANDÉE

624. — Il semble qu'aucune procédure déterminée ne s'impose à la femme lorsqu'elle veut obtenir l'autorisation maritale, et cependant, comme elle ne peut ordinairement s'adresser à la justice qu'après avoir essuyé un refus de la part de son mari, elle devra faire constater officiellement l'opposition ou l'inertie de celui-ci; à cet effet, elle lui adressera une *sommation* qui constitue le préliminaire obligé de la procédure à suivre pour obtenir l'autorisation de justice (C. pr., art. 861).

Cette procédure est engagée au moyen d'une requête que la femme adresse au président du tribunal du domicile de son mari, donc du domicile conjugal.

§ III. — COMMENT L'AUTORISATION DOIT ÊTRE DONNÉE : FORMES QU'ELLE PEUT REVÊTIR

625. — On conçoit qu'une autorisation soit donnée *expressément* ou *tacitement*.

I. **Autorisation expresse.** — Son admissibilité ne fait pas de doute; mais il reste à en déterminer les formes.

1° *L'autorisation de justice* est accordée en suivant les règles formulées par le Code de procédure, art. 861 à 864; à la suite de la requête de la femme, le président rend une ordonnance portant permission de citer le mari en *chambre*

du conseil; au jour fixé, le mari est entendu, ainsi que le ministère public à qui l'affaire a dû être communiquée, après quoi le tribunal rend son jugement;

2° *L'autorisation du mari* ne aurait être donnée expressément, à en croire l'article 217, *que par écrit*. Mais notre jurisprudence assigne à cette formule une interprétation très libérale, en considérant qu'elle n'a d'autre but que de proscrire impitoyablement, en pareille matière, la preuve par témoins, et cela quand bien même la femme serait en mesure de produire un commencement de preuve par écrit (Req. 10 février 1926, *D. H.*, 1926, 130); hors de là, on se montre tout à fait accommodant en accueillant la preuve par *aveu* ou par *serment* (Paris, 28 juin 1851, *D. P.*, 1852, 2, 22; Nancy, 26 novembre 1924, *D. P.*, 1926, 2, 39) et en admettant, d'autre part, que l'écrit dans lequel le mari a entendu donner son autorisation, est exempt de toute condition de forme particulière; ce peut être une *lettre* ou un *télégramme* (Req. 26 juin 1921, *S.*, 1922, 1, 133; *D. P.*, 1922, 1, 67).

En résumé, l'écrit est ici exigé, non *ad solemnitatem*, mais uniquement *ad probationem*, et à l'exclusion de la preuve par témoins ou par présomptions de l'homme.

626. II. **Autorisation tacite.** — C'est celle qui s'induit de certaines circonstances déterminées; elle est difficilement concevable, sans être tout à fait impossible, pour ce qui est de l'autorisation de justice, laquelle est subordonnée à l'observation de rites déterminés; elle est, au contraire, très pratique en ce qui concerne l'autorisation maritale, qui n'est pas astreinte à une procédure particulière; et l'on comprendrait que la loi eût permis à l'assentiment du mari de se faire jour, de s'indiquer par tous les moyens, tous les symptômes possibles.

Mais le code est plus exigeant : l'article 217 ne reconnaît qu'une seule forme d'autorisation tacite, celle qui se réalise par *le concours du mari dans l'acte*, c'est-à-dire par sa *participation volontaire* à l'acte, en pleine connaissance de cause; par exemple, s'il s'agit de conclure une vente, le mari met sa signature au bas de l'acte instrumentaire, à côté de celle de sa femme; ou bien, si un procès doit être engagé par la femme, la citation est rédigée et lancée à la requête des deux époux; il y a, dans de semblables éventualités, une véritable *collaboration* du mari qui emporte *autorisation* de sa part et dont la preuve incombe à qui se prévaut de l'engagement de la femme (Civ. 11 déc. 1929, *D. H.* 1930, 116, *S.* 1930, 1, 124).

Sur ce point, la jurisprudence interprète assez rigoureu-

sement la lettre de la loi; elle n'admet point que le consentement du mari puisse s'induire de circonstances autres que son concours à l'acte et quand bien même ce dernier aurait été connu de lui à l'avance, voire même toléré ou conseillé (*Sic.* Civ., 20 juin 1881, *D. P.*, 1881, 1, 354; 7 mars 1922, *S.*, 1922, 1, 5, note Ch. Lyon-Caen; 7 janv. 1930 *S.*, 1930, 1, 101, *D. H.*, 1930, 116). Comme le dit la Cour de cassation dans ces trois décisions, il ne saurait être suppléé au concours du mari dans l'acte *par des équivalents tirés des circonstances qui ont précédé ou suivi l'engagement pris par la femme.*

627. Dérogations à la règle de l'interprétation stricte de la formule de l'article 217. — On admet quelques accommodements avec la règle d'après laquelle l'autorisation tacite ne saurait résulter que du concours du mari dans l'acte.

1° D'abord, on la met tout simplement de côté en matière *judiciaire*; l'autorisation de plaider peut s'induire de toute circonstance favorable, par exemple de ce que le mari actionne lui-même sa femme devant le tribunal. Encore qu'il y ait alors, non pas *collaboration*, mais *opposition* d'intérêts, on considère, à juste titre, que le mari a suffisamment manifesté sa volonté. Au reste, l'article 217, qui évoque *le concours du mari dans l'acte*, ne vise que les actes extra-judiciaires; l'article 215, qui s'occupe des instances, ne formule par d'exigence de ce genre;

2° Même en ce qui concerne les actes *extra-judiciaires*, l'autorisation tacite est parfois admise en dehors du concours du mari dans l'acte.

a) En matière commerciale : il est de tradition que la femme doit être considérée comme régulièrement habilitée à faire le commerce, du moment qu'elle l'exerce au su du mari et sans opposition, encore que sans collaboration de sa part. L'article 4 du Code de commerce semble se référer à cette tradition en exigeant, non une *autorisation*, mais un *consentement*, c'est-à-dire une approbation qui échappe à toute forme déterminée;

b) La jurisprudence a parfois admis que le mari, par cela seul qu'il *abandonne sa femme*, lui donne tacitement *l'autorisation* d'accomplir les actes de la vie courante, par exemple à l'effet de louer ses services ou de prendre un appartement à bail. Cette interprétation, singulièrement divinatoire dans l'hypothèse visée, devient tout à fait inadmissible lorsque c'est la femme qui a pris l'initiative de la *séparation de fait* et que les torts sont de son côté; cepen-

dant, même dans ce cas extrême, la fiction trop commode de l'autorisation tacite a été parfois admise (Trib. civ. Seine, 11 juillet 1922, *D. P.* 1924, 2, 105). Nous avons rencontré ce problème une fois déjà (*sup.* n° 603*bis*) et nous le retrouverons plus loin (*inf.* n° 1012).

§ IV. — ÉTENDUE DE L'AUTORISATION RÈGLE DE LA SPÉCIALITÉ

628. Spécialité de l'autorisation. — Nous rencontrons ici la règle importante de la *spécialité de l'autorisation*, règle traditionnelle, rappelée plutôt que formulée dans l'art. 223, d'après lequel « *toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme* ».

C'est qu'une autorisation conçue en termes compréhensifs ne serait pas vraiment protectrice des intérêts de la famille; elle s'analyserait, non en une mesure de contrôle effectif, mais en une *abdication* de la part du mari ou du tribunal; permettre à la femme d'emprunter ou de plaider sans plus de précision, serait lui donner toute latitude et lui permettre de se dérober à la gêne de l'incapacité; une telle autorisation serait *nulle*, comme il ressort clairement du texte même de l'article 223, sans distinguer d'après la nature de l'acte à accomplir et en matière judiciaire comme pour les actes extra-judiciaires (Civ. 30 janvier 1877, *D. P.*, 1877, 1, 348).

En *Belgique*, la loi du 20 juillet 1932 a abrogé sur ce point la loi française et a admis la régularité d'une autorisation générale.

629. Dérogations à la règle de la spécialité. — Certaines autorisations sont valables encore que données en termes fort généraux.

1° C'est d'abord l'autorisation de faire le *commerce* qui emporte en bloc celle de procéder *in genere* à tous les actes se rattachant à cet ordre d'idées : ventes, achats, emprunts, hypothèques, etc.; mais réserve faite cependant du contrat de société; si la femme autorisée à faire le commerce veut s'associer dans ce but avec une autre personne, il lui faudra, à cet effet, une autorisation supplémentaire, plus spéciale que la précédente.

Il est à remarquer que notre jurisprudence semble bien étendre au choix de *toutes les professions*, même non commerciales, la dérogation à la règle de la spécialité que la loi avait établie uniquement en vue du commerce. Voy. pour la

carrière théâtrale, Req. 11 novembre 1907 (*D. P.*, 1908, 1, 25, note A. Colin), et, pour le barreau, J. Appleton, *Traité de la profession d'Avocat*, 2e édit., n° 107;

2° Aux termes de l'article 223, le mari peut autoriser sa femme à administrer ses propres biens, à elle, sans s'expliquer davantage. Cette permission ne constitue d'ailleurs vraiment une autorisation que si elle est donnée au cours du mariage; si c'est dans le contrat de mariage, donc antérieurement au mariage, qu'elle intervient, comme le suppose l'article 223, elle n'est pas une affirmation de la puissance maritale, encore inexistante;

3° L'autorisation donnée à la femme d'être *tutrice* ou *subrogée tutrice*, ou *curatrice*, est d'ordre général; il est vrai que la femme, ainsi habilitée, n'utilise pas sa *capacité*, mais bien son *pouvoir*; les actes par elle accomplis ou autorisés réalisent leurs effets, non dans son propre patrimoine, mais dans celui de l'incapable, dont les intérêts lui ont été confiés.

630. Exigences de la règle de la spécialité. — La question de savoir si une autorisation répond suffisamment aux exigences du principe de la spécialité semble être une question de fait qui appartiendrait donc souverainement aux juges du fond, mais c'est souvent cependant que la Cour de cassation s'est instituée juge en pareille matière.

Actuellement, la jurisprudence se montre très libérale, et jusqu'à l'excès; logiquement, toutes les conditions de l'acte devraient être prévues et approuvées, par exemple en matière de vente, non seulement l'identité de la chose vendue, mais la personnalité de l'acheteur et le montant du prix. Les tribunaux et, au-dessus d'eux, la Cour de cassation, qui dit donc son mot dans une question à vrai dire mélangée de droit et de fait, n'exige pas que la personnalité de l'acquéreur ni le prix apparaissent dans l'acte autorisant une vente, au moins si cette discrétion s'inspire des intérêts de la femme elle-même (Req. 25 novembre 1878, *S.*, 1879, 1, 58; 9 mars 1931, *S.*, 1931, 1, 189), et elle a considéré comme suffisamment spéciale l'autorisation donnée par un mari à sa femme « de contracter tout engagement théâtral qu'il lui plaira » (Req. 11 nov. 1907, arrêt précité); comp. pour le cautionnement, Req. 4 juill. 1918 (*S.* 1918-1919, 1, 200).

631. Question voisine. — Avec la question de la spécialité de l'autorisation, il faut éviter soigneusement de confondre celle de la *portée d'une autorisation, d'ailleurs*

valablement accordée; ce dernier problème, à la différence du précédent, intéresse essentiellement, exclusivement le *fait*; il s'agit d'interpréter la volonté de celui qui a donné l'autorisation. Cependant, ici encore, la Cour de cassation intervient pour faire respecter la règle de la nécessité d'une autorisation effective, par exemple en décidant que la femme, autorisée à plaider en première instance, ne peut, sans une nouvelle autorisation, plaider en appel : la première autorisation avait un objectif limité qui ne saurait être dépassé. (Civ. 6 décembre 1926, *S.*, 1927, 1, 56.)

§ V. — A QUEL MOMENT L'AUTORISATION PEUT INTERVENIR

632. Principe. — Une autorisation, par définition même, est, au plus tard, contemporaine de l'acte qu'elle concerne; une fois cet acte conclu, il peut bien être question de le *confirmer*, mais non de l'*autoriser*; or, nous le verrons (*inf.* n° 641), la confirmation ne produit pas les mêmes effets que l'autorisation.

Donc, l'autorisation est, ou bien *antérieure* à l'acte, ou bien *contemporaine* ; elle ne saurait, logiquement, être postérieure.

633. Exceptions. — Il y a des exceptions qui se produisent en sens divers :

1° Il est une autorisation qui ne saurait être antérieure à l'acte dont elle est, par définition même, contemporaine : c'est celle qui résulte du concours du mari dans l'acte;

2° Il est admis que l'autorisation *en matière judiciaire* peut intervenir en cours d'instance, tout en demeurant une autorisation véritable, en en produisant les effets. Au reste, la dérogation au droit commun est alors plus apparente que réelle : le procès a un caractère *successif*; il se déroule pendant un temps plus ou moins long et avec une sorte d'indivisibilité, en sorte que l'autorisation donnée avant la clôture du litige peut fort bien n'être pas considérée comme tardive; la jurisprudence, qui adopte ce point de vue, va jusqu'à admettre que l'autorisation donnée pour la première fois en appel valide même la procédure qui s'était déroulée en première instance.

§ VI. — EFFETS DE L'AUTORISATION

634. Effets généraux. — L'autorisation a pour effet strict de relever la femme de l'incapacité dont elle était frap-

pée à raison du mariage : l'acte est aussi vlaable, aussi solide que s'il eût émané d'une femme pleinement capable.

Mais il reste entendu que les autres vices dont il pouvait être atteint, pour telle ou telle cause autre que l'incapacité provenant de la condition de la femme mariée, subsistent et continueront à infecter l'acte, qui court donc un péril de ce chef, par exemple dans le cas où, émanant d'une femme mineure, il eût exigé, pour sa validité, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, c'est-à-dire des formalités qui, en l'occurrence, n'ont pas été observées.

635. Distinction : Autorisation du mari et autorisation de justice. — L'autorisation du mari est parfois bien plus efficace, dans les limites que nous venons de préciser, que celle de la justice. Cette dernière, qui, par hypothèse, est intervenue, soit en dehors de la volonté du mari, soit contre son gré, ne doit pas pouvoir retentir sur son patrimoine; elle ne doit pas exercer de répercussion jusque dans le cercle de ses intérêts; au lieu que l'autorisation qu'il a lui-même donnée est susceptible, lui consentant, d'avoir une telle portée; sans doute, en autorisant sa femme, il ne s'est pas engagé lui-même; *qui auctor est se non obligat*; mais on comprend qu'en approuvant l'acte accompli par sa femme, il en augmente la portée et il en étende le rayonnement

Les applications de ces directives sont fréquentes sous les divers régimes matrimoniaux; lorsqu'un immeuble de la femme est aliéné avec l'autorisation du mari, on considère que celui-ci a tacitement renoncé à se prévaloir du droit de jouissance qu'il pouvait avoir, d'après l'économie du régime, sur le bien vendu, en sorte que l'aliénation porte sur la pleine prospérité de ce dernier; si, au contraire, l'autorisation émane de justice, le mari conserve intégralement les droits qui lui appartenaient sur l'immeuble, d'où cette conséquence que l'aliénation n'affecte que la nue propriété. On peut lire la consécration de cette distinction pour le régime dotal dans les articles 1555 et 1556.

636. Révocabilité de l'autorisation. — Qu'elle émane du mari ou de justice, l'autorisation est toujours sujette à révocation; mais celle-ci ne produit d'effets que pour l'avenir; les actes antérieurement accomplis demeurent valables, définitivement.

636*bis*. Responsabilité possible du mari. — En habilitant sa femme, le mari n'engage nullement, en principe,

sa propre responsabilité; si, par exemple, c'est un emprunt que la femme contracte, dûment autorisée, c'est elle-même qui devient la débitrice du bailleur de fonds envers qui le mari n'est aucunement tenu : *qui auctor est se non obligat.*

Cependant, il en irait autrement si le mari avait commis, en habilitant sa femme, une faute grave : sa responsabilité serait alors engagée envers la victime, du moins s'il s'était rendu coupable de *malice* ou de *mauvaise foi*; c'est *l'intention de nuire* qui, seule, devient ici révélatrice de *l'abus* de la puissance maritale. (Civ. 26 avril 1920, *D. P.*, 1924, 1, 119).

Section III. — SANCTIONS DES RÈGLES LÉGALES

637. Position du problème. — La femme a accompli, sans autorisation régulière, un acte pour lequel cette autorisation était requise : quel sera le sort de cette opération incorrecte?

On est tenté de répondre qu'elle sera nulle, indistinctement; cependant, la sanction varie selon que l'acte rentrait dans la catégorie des *actes extra-judiciaires* ou bien dans celle des *actes judiciaires.*

638. I. Actes extra-judiciaires. — C'est un contrat que la femme a conclu seule, alors que l'autorisation du mari ou de justice était requise.

Alors, la sanction est bien la *nullité*; nullité *relative*, simple *annulabilité*, puisqu'elle vient sanctionner une incapacité.

Nous en conclurons, comme à l'ordinaire :

1° Que l'acte reste provisoirement debout aussi longtemps qu'il n'aura pas été annulé par le tribunal; une fois l'annulation prononcée, il disparaît rétroactivement;

2° La nullité ne peut être invoquée que par les personnes dans l'intérêt desquelles elle est édictée, dans l'espèce, par le *mari*, la *femme* et leurs *héritiers* (art. 225), et cela, à l'exclusion de tous autres intéressés éventuels, notamment la contre-partie ou même celui qui s'était engagé conjointement avec la femme non autorisée (Aix, 19 oct. 1933, *D. H.* 1934, 28), mais y compris les *créanciers* qui sont admis à exercer les droits et actions de leur débiteur (art. 1166, *inf.*, t. II, n° 668).

639. — Ces différentes catégories de titulaires de l'action en nullité ne doivent d'ailleurs pas être mises sur la même ligne :

a) Les créanciers et les héritiers ne sont admis à agir que s'ils font la preuve d'un intérêt pécuniaire, et il en va de même du mari *lorsque le mariage est dissous*; au contraire, cette preuve ne saurait être exigée, ni de la femme, en aucun cas, ni du mari lorsque celui-ci agit *constante matrimonio*, et comme détenteur actuel de la puissance maritale;

b) La demande en nullité de la femme peut se heurter à un obstacle constitué par une faute qu'elle aurait commise à l'occasion de l'acte incriminé; elle s'est fait passer pour veuve ou pour célibataire, donc pour pleinement capable, alors qu'engagée dans les liens du mariage, elle était frappée d'incapacité; peut-être même a-t-elle produit un faux acte de naissance afin de mieux tromper son cocontractant. Elle a alors commis un délit; or, sa capacité délictuelle est entière (*Sup.* n° 605); elle doit donc réparation du dommage causé injustement à autrui, et le meilleur moyen d'obtenir ce résultat est de lui refuser l'annulation de l'acte; ce moyen, d'ordre *préventif*, est préférable à toute sanction *répressive* : la *capacité délictuelle* de la femme se trouve alors de retentir sur son incapacité contractuelle et de la neutraliser en quelque sorte (Civ. 6 avril 1898, *S.*, 1902, 1, 460; *D. P.*, 1908, 1, 305; 3 juin 1902, *S.*, 1902, 1, 485; *D. P.*, 1902, 1, 452).

Ce dernier arrêt est spécialement intéressant en ce qu'il prive la femme de son action en nullité du moment qu'elle s'était présentée comme célibataire et indépendamment de toutes manœuvres frauduleuses plus caractérisées; au contraire, pour ce qui est du mineur, la simple déclaration de majorité ne fait point obstacle à sa restitution (art. 1307).

Il va sans dire que la fraude commise par la femme ne prive pas son mari de l'action en nullité qui lui appartient personnellement; elle ne lui serait enlevée que s'il s'était rendu complice de cette fraude, soit activement et intentionnellement, soit passivement et par simple négligence : par exemple, vivant séparé de sa femme, il s'est désintéressé de ses actes, induisant ainsi les tiers en erreur et créant une situation *apparente* dont il devient responsable (Req. 8 nov. 1905, *S.*, 1907, 1, 145, note Hémard, *D. P.*, 1906, 1, 14; Colmar, 19 mai 1936, *Rev. trim.*, 1937, p. 103).

640. — A supposer que l'annulation soit prononcée, l'acte tombe rétroactivement, et des restitutions doivent donc être effectuées, au moins par la contre-partie, tandis que la femme peut, en principe, se refuser au remboursement de ce qu'elle avait reçu, à moins cependant que son adversaire ne prouve que ce qui lui a été versé a tourné à son

profit; elle ne doit pas s'enrichir sans cause (celle-ci, qui résidait dans l'acte juridique, a été rétroactivement anéantie) au détriment d'autrui (art. 1312).

641. — 3° L'acte irrégulier est susceptible de *confirmation*, laquelle se ramène à une *renonciation à l'action en nullité*; seulement, il faut se rappeler qu'il existe deux actions en nullité : l'une qui appartient au mari, l'autre à la femme, et il est évident qu'il ne saurait dépendre de l'un des deux titulaires de dépouiller l'autre de l'action dont il est investi; c'est pourquoi la confirmation n'a qu'une *valeur relative et individuelle* : par exemple, le mari, en confirmant l'acte, ne touche pas à l'action en nullité qui continue à appartenir à sa femme. L'acte peut donc toujours être attaqué; il n'est pas devenu complètement sain, et c'est pourquoi il faut se garder de confondre *autorisation* et *confirmation* : l'acte régulièrement passé est inattaquable; l'acte confirmé par le mari seul ou par la femme seule, c'est-à-dire unilatéralement, n'est validé que dans la même mesure; il est donc intéressant de constater que la prétendue autorisation maritale intervenue après coup n'est en réalité qu'une confirmation unilatérale; l'acte reste annulable de la part et sur l'initiative de la femme; seule, une confirmation bilatérale le validerait intégralement. (Paris, 3 août 1872, *D. P.*, 1873, 2, 119; 14 novembre 1887, *D. P.*, 1888 2, 225.)

642. — 4° L'action en nullité se *prescrit* par dix années, conformément à l'article 1304; cette prescription décennale, qui n'est autre chose qu'une confirmation légalement présumée, commence à courir à dater du jour de la dissolution du mariage, du moins en principe (art. 1304, § 2).

643. — Il est à signaler que les règles précédentes sont mises de côté par la jurisprudence et que l'acte est tout à fait inopérant s'il était soumis à des formes solennelles, faisant partie de son essence même; alors la sanction du défaut d'autorisation réside dans une *nullité absolue*, ou, suivant une autre conception, dans une *inexistence* (*Sup.* n° 153). La jurisprudence fait application de cette vue à la *donation entre vifs*, ou, plus exactement, à son *acceptation* par une femme mariée non autorisée. L'autorisation est alors traitée comme une solennité, au même titre que l'intervention du notaire, du moins si la donation et, par suite, l'acceptation de la donation, était elle-même soumise à la forme notariée; l'acte est nul pour vice de forme plutôt

que pour incapacité (Req. 15 juillet 1889, *D. P.*, 1890, 1, 100; *S.*, 89, 1, 412). Le droit commun reprendrait d'ailleurs son empire si la donation pouvait être acceptée sans formalités particulières, telle une donation déguisée (Civ., 30 mars 1896, *S.*, 1897, 1, 99; *D. P.*, 1897, 1, 449).

644. II. **Actes judiciaires.** — Lorsque l'irrégularité a été commise à l'occasion d'une instance, la situation est plus complexe et la sanction varie suivant les cas.

Remarquons d'abord que le défaut d'habilitation peut être relevé, non seulement par les époux et par leurs héritiers ou créanciers, mais aussi par l'adversaire de la femme, par celui contre qui elle plaide; à supposer, par exemple, qu'elle ait engagé l'instance sans y avoir été autorisée, le défendeur sera fondé à refuser la lutte aussi longtemps que la situation n'aura pas été régularisée; en se comportant ainsi, il n'oppose pas, à vrai dire, la nullité de l'assignation — et c'est ce qui explique que l'article 225 ne trouve pas ici une exacte application —; il se contente d'opposer une exception dilatoire qui se justifie d'elle-même.

645. — Supposons que l'instance se soit déroulée tout entière sans que la femme ait été habilitée : la sanction consistera-t-elle dans la nullité de la décision intervenue? Certes, non; un jugement ne tombe pas aussi facilement qu'un contrat; *l'autorité de la chose jugée* fait écarter, en pareille matière, toute action de nullité : *contre jugements voies de nullité n'ont lieu.* En revanche, le droit commun offre aux intéressés les *voies de recours*, ordinaires ou extraordinaires, l'*opposition*, l'*appel*, le *pourvoi en cassation*, suivant les cas, mais ces voies ne leur sont pas ouvertes indéfiniment; elles doivent être utilisées dans des limites de temps assez resserrées — *huit jours* pour l'opposition, *un mois* pour l'appel et *deux mois* pour le pourvoi en cassation, au lieu que l'action en nullité peut être exercée contre un contrat pendant dix années (art. 1304).

Chapitre V

Le Patrimoine

646. Bibliographie. — Aubry et Rau, 5e éd., t. IX, §§ 575 à 583. — M. Picard, *Les Biens*, nos 15 et suiv., dans le traité pratique de droit civil de MM. Planiol et Ripert. — Plastara, *La notion juridique du patrimoine*, thèse,

Paris, 1903. — H. Gazin, *Essai critique sur la notion du patrimoine dans la doctrine classique*, thèse, Dijon, 1910.

647. Définition. — Cet attribut de la personnalité que constitue le patrimoine peut être défini : *l'ensemble des valeurs pécuniaires, positives ou négatives, ressortissant à une même personne et dont les unes figurent à l'actif, les autres au passif*; la définition n'est d'ailleurs qu'approximativement exacte; elle n'est vraie que d'une vérité relative; elle a une valeur pragmatique plutôt que scientifique, mais elle constitue une base pour une étude plus approfondie qui nous conduira à des résultats plus précis.

648. Les caractéristiques de la notion de patrimoine. — Les caractéristiques essentielles sont les suivantes:

1er *Caractère.* — Le patrimoine est une notion d'ordre *essentiellement pécuniaire*; les droits qui n'ont pas de signification pécuniaire restent en dehors du patrimoine, tels les droits de famille (puissance paternelle et puissance maritale) ou les droits publics ou politiques (droit de vote); ce sont là des droits *extra-patrimoniaux*, qui restent hors du commerce, hors des transactions juridiques.

Les éléments du patrimoine consistent soit dans des valeurs *positives*, des *biens* de toute sorte (propriétés, démembrements de la propriété, créances), soit dans des valeurs *négatives*, des dettes, des charges, *œs alienum*; les éléments de la première catégorie composent *l'actif brut* du patrimoine, tandis que ceux de la deuxième en constituent le *passif*; la différence donne *l'actif net*, s'il y a lieu; par exemple, dans un patrimoine comprenant des biens pour 100.000 francs et des dettes pour 60.000 francs, l'actif net est égal à 40.000 francs.

649. — 2e *Caractère.* — Le patrimoine constitue un tout et un tout de nature juridique; il est une *universalité juridique* (*universum jus*) indépendante des éléments qui la composent; il diffère en cela des *universalités de fait* (*universum corpus*) qui ne sont que des agrégats matériels d'unités tels que des livres ou des têtes de bétail; une bibliothèque, un troupeau. Le patrimoine est indépendant des éléments qu'il renferme au point de pouvoir exister sans eux : il est des personnes qui n'ont aucun bien, ou à peu près, et qui, cependant, ont un patrimoine, par exemple le nouveau-né, voire l'enfant simplement conçu.

En ce sens, le patrimoine est donc une notion abstraite, d'ordre intellectuel, métaphysique; c'est, si l'on veut, *l'apti-*

tude à devenir le centre de rapports juridiques pécuniaires, ou encore, *un réceptacle idéal prêt à recevoir des valeurs positives ou négatives.*

650. — Ce caractère *idéal* et *permanent* du patrimoine présente de multiples intérêts :

a) Ainsi compris comme une entité juridique, le patrimoine sert de support au *droit de gage général* des créanciers; sans lui, ce droit porterait sur les biens mêmes du débiteur, qui s'en trouveraient donc grevés, et, définitivement, d'une manière indélébile, jusqu'à l'extinction de la dette; situation intolérable, et pour le débiteur lui-même, et pour la société; elle ferait obstacle à la libre circulation de biens frappés d'une multitude de droits réels. Le danger est conjuré grâce à la notion idéale du patrimoine; avec elle, ce ne sont pas les biens du débiteur isolément envisagés, qui deviennent le gage de ses créanciers, mais le patrimoine lui-même. Le droit de gage plane sur l'ensemble des biens, sans se fixer sur aucun; sans doute, il permettra au créancier de procéder à des saisies, mais, jusque-là, les biens du débiteur sont libres de toute entrave, de toute charge; c'est le *contenant* et non le *contenu* qui est soumis au droit de gage des créanciers, en sorte que le débiteur, demeuré à la tête de ses affaires, peut aliéner à sa guise; les actes qu'il accomplit sont opposables aux créanciers, réserve faite de la fraude. Ainsi se trouvent conciliés, grâce au caractère abstrait du patrimoine, les intérêts antithétiques du débiteur et de ses créanciers.

651. — *b)* Il est intéressant, abstraction faite des droits des créanciers, de constater que le patrimoine est une universalité juridique dont les valeurs, positives ou négatives, ne constituent que des cellules; il en résulte, pour ces valeurs, une aptitude à se remplacer les unes les autres; elles sont fongibles entre elles, *interchangeables* : le bien qui sort du patrimoine est remplacé, juridiquement, par le bien qui lui succède, et cela en vertu du phénomène de la *subrogation réelle*; *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii*; par exemple, la chose acquise en échange prend la position juridique de celle à laquelle elle se trouve substituée et dont elle emprunte les caractéristiques : *subrogatum capit naturam subrogati*. Ce phénomène ne saurait se produire dans les universalités de fait : l'individu, livre ou animal, qui remplace, dans une bibliothèque, ou dans un troupeau, un individu de la même

espèce, ne lui est pas juridiquement substitué; le nouveau venu n'emprunte pas le statut juridique de l'ancien.

652. — *c*) Au décès d'un individu, son patrimoine est transmis à ses héritiers, dans sa généralité, en tant qu'universalité juridique, en bloc : de cette façon, les successeurs prennent la place du défunt; c'est un tout qui leur est transmis et qui vient se fondre dans leurs propres patrimoines; la personnalité du *de cujus* s'absorbe dans celles de ses continuateurs.

653. — 3e *Caractère.* — Celui-ci, à la différence des précédents, est discuté : le patrimoine est un attribut, une *émanation de la personnalité*, et comme une projection de cette personnalité dans le domaine du droit (Aubry et Rau, 4e édit., t. VI, §§ 573 et suiv.).

En effet, remarque-t-on :

Toute personne a un patrimoine;

A l'inverse, seule, une personne peut avoir un patrimoine;

Une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine;

Le patrimoine est *inaliénable*, comme la personnalité même dont il est un des attributs : on ne peut pas davantage céder, vendre un patrimoine qu'on ne saurait aliéner son état, sa capacité ou son reflet.

654. Controverse relative à ce dernier caractère. — Cette conception d'un patrimoine, attribut et émanation de la personnalité, a été vivement contestée sous l'influence des doctrines allemandes; de nombreux auteurs se sont attaqués à la théorie édifiée par Aubry et Rau; à leurs yeux, le patrimoine ne serait qu'une masse de biens et ne serait pas lié indissolublement à la personnalité; on concevrait parfaitement un patrimoine sans titulaire et qui serait soutenu par son affectation même, laquelle constituerait sa justification et sa raison d'être.

Cette réaction matérialiste, *à base économique*, nous paraît excessive : s'il n'y avait pas de personnes, il n'y aurait point de patrimoines. Le mot lui-même évoque une idée de *puissance*, comme la propriété et la paternité; tous ces mots ont une racine commune et évoquent la même notion de domination. D'ailleurs, les droits sont établis invariablement en vue des personnes; les choses, même groupées en masse compacte, ne sauraient avoir de prérogatives juridiques; c'est l'homme qui, à l'état isolé ou sous la forme synthétique de la personnalité morale, est la raison d'être et le but de toutes règles de droit; les choses n'ont pas de volonté

propre et ne sauraient donc jouer qu'un rôle subordonné dans une organisation essentiellement humaine, où la volonté règne en souveraine maîtresse.

655. La part de vérité contenue dans les doctrines qui dissocient le patrimoine et la personnalité. — Il faut cependant reconnaître que le patrimoine est, moins que par le passé, soudé à la personnalité; sa propension à l'indépendance, ou, du moins, à l'autonomie, s'affirme de différents côtés, se concrétise dans diverses solutions.

1° Dans le vieux droit romain, celui qui assumait une dette engageait, vis-à-vis du créancier, non seulement ses biens, mais sa personne même, au point qu'à défaut de paiement, il pouvait être mis à mort; la confusion était donc flagrante entre le patrimoine et la personne physique; on ne distinguait pas celle-ci de celui-là. Sans doute, cette confusion s'est atténuée assez rapidement, mais les vestiges en ont subsisté, non pas seulement à Rome, mais aussi dans notre pays, où la *contrainte par corps* a fonctionné, en matière civile et commerciale, jusqu'en 1867 : le créancier impayé était en droit de faire incarcérer son débiteur inexact. C'est seulement une loi du 22 juillet 1867 qui a aboli la *prison pour dettes*, réserve faite d'ailleurs de l'exécution des condamnations prononcées, *en matière pénale*, pour amendes, dommages-intérêts, restitutions et frais. Désormais, en matière civile et commerciale, le patrimoine seul répond de l'exécution des engagements assumés : la personne physique sort indemne de l'aventure.

2° D'autre part, l'idée de l'*unité*, de l'*indivisibilité* du patrimoine est battue en brèche; il est admis, sinon qu'une même personne puisse avoir plusieurs patrimoines, du moins que son patrimoine soit divisé en plusieurs compartiments distincts, soumis à des statuts différents. C'est ainsi qu'on oppose, sous le régime dotal, les *biens dotaux* de la femme à ses *biens paraphernaux*; ainsi que les biens acquis par la femme laborieuse sont soumis, en vertu de la loi du 13 juillet 1907 et sous le nom de *biens réservés*, à un statut particulier; ainsi encore que la succession, acceptée *sous bénéfice d'inventaire*, se différencie du patrimoine personnel de l'héritier, encore que celui-ci soit également propriétaire et des biens héréditaires et des biens qui lui appartiennent personnellement, en vertu d'un titre autre que la dévolution héréditaire accomplie à son profit; ainsi enfin, pour nous limiter aux exemples les plus typiques, que les biens d'un *absent* demeurent juridiquement distincts, après l'envoi en possession, du patrimoine personnel à l'envoyé en posses-

sion. De plus en plus s'accrédite donc cette idée que la même personne peut être à la tête de plusieurs universalités de biens.

3° Enfin, on tend à admettre, ce qui est plus grave et plus symptomatique, la possibilité d'un patrimoine en dehors d'une personne qui en soit le titulaire effectif actuel. C'est un peu le cas de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, et surtout c'est celui de la *fondation*, c'est-à-dire de la masse de biens affectée à un but perpétuel : un hospice, un sanatorium, une bourse, un prix. Sans doute, en France, la fondation ressortit le plus souvent à une personne morale plus vaste : Etat, département, commune, institut, université, etc.; mais nous verrons que dans d'autres pays, en Allemagne notamment, on conçoit et on réalise la fondation à l'état isolé et se suffisant à elle-même. La *Stiftung* allemande offre l'exemple d'un patrimoine sans personne correspondante dont il soit une émanation, ou, si l'on veut, le patrimoine et la personne ne font qu'un, avec cette particularité que, par un phénomène étrange, c'est le premier qui a donné naissance à la seconde; *c'est l'organe qui a créé la fonction* et l'être lui-même; ce sont des choses, qui, à raison du but auquel elles sont vouées et par un phénomène de génération spontanée, engendrent les personnes. Nous nous expliquerons plus longuement à ce sujet lorsque, dans le troisième volume de ce traité, nous étudierons les *fondations*. (*Inf.* t. III, n^os^ 1898 et s.)

Appendice à la Première Partie

LE CONCEPT DE LA PERSONNALITÉ MORALE

656. Bibliographie. — Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, 2 vol.; Saleilles, *De la personnalité juridique; théorie de l'obligation*, n^os^ 320 et suiv.; *Histoire des Sociétés en commandite*, *Ann. Droit com.*, 1895 et 1897; Vauthier, *Etudes sur les personnes morales;* de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*.

657. Position du problème. — Déjà, nous avons rencontré maintes fois sur notre chemin ce concept de la personnalité morale : nous savons comment les personnes morales naissent (*sup.*, n^os^ 187 et suiv.), comment elles disparaissent (*sup.*, n° 192); nous avons vu qu'elles possèdent les attributs de la personnalité humaine : *nom*, *domicile*,

état, capacité. Maintenant, nous devons, nous élevant plus haut, nous demander quelle idée il convient de se faire de la personnalité morale et à quoi se ramène la nature, l'essence juridique de ce concept.

658. La grande querelle. — Ce problème a suscité une littérature innombrable et a déterminé l'éclosion d'une multitude de systèmes dont chacun prétend expliquer le concept de la personnalité morale et pénétrer jusqu'à son essence intime. Nous négligerons toutes les variantes pour ne retenir que les deux grands courants qui se sont dessinés à cette occasion, les deux thèses antithétiques de la *fiction* et de la *réalité* des personnes morales.

659. La thèse de la fiction. — Pour de nombreux auteurs, et fort qualifiés, les personnes morales seraient des êtres fictifs, imaginaires, chimériques (*Sic* : LAURENT, PLANIOL, GÉNY, DE VAREILLES-SOMMIÈRES, et aussi, mais avec certaines réserves, IHERING). « C'est une idée incompréhensible, écrit M. Planiol, qu'il puisse y avoir sur la terre des titulaires de droits autres que les hommes »; en dehors de l'humanité, des personnes en chair et en os, il ne peut exister que des fantômes, des êtres fictifs. Il appartient au juriste de percer l'enveloppe pour pénétrer jusqu'à la réalité; et la réalité, c'est que tous les biens appartiennent à des hommes; la personnalité morale n'est qu'un trompe-l'œil; lorsqu'on dit que tels biens appartiennent à telle association, cela signifie, en définitive, qu'ils ressortissent aux membres de cette association; et, par exemple, il est inexact, il est conventionnel de dire que le Louvre appartient à la France, personne morale; non, c'est aux Français qu'il appartient, de même que le *British Museum* appartient aux Anglais, non à l'Angleterre. Il s'agit là de patrimoines collectifs, ressortissant à des groupes d'individus, associés, sociétaires, habitants d'une même commune, nationaux d'un même pays; ce n'est que par suite d'une fiction que l'on rattache les biens sociaux, ou communaux, ou nationaux, à une prétendue personne morale dont le moindre tort est de n'avoir jamais existé : « Il est... nécessaire de remplacer le *mythe* de la personnalité par une *notion positive*, et celle-ci ne peut être que la propriété collective. » (PLANIOL et RIPERT, t. I, n° 3017.)

660. Les dissidences. — Ce point de départ admis, les auteurs se divisent; les uns déplorent cette invention funeste de la personnalité morale qu'ils proposent de jeter par-

dessus bord, comme inutile et pernicieuse (PLANIOL, DE VAREILLES-SOMMIÈRES), tandis que d'autres sont assez partisans de sa conservation : ils voient dans la personnalité morale le correctif obligé de l'indétermination des véritables titulaires du droit, un procédé de représentation, fort utile, d'individualités nombreuses et mal déterminées dont la personne fictive est « *l'ayant cause technique nécessaire* » (IHERING). Il faut y voir un mensonge commode et même nécessaire.

661. — Mais cette tolérance n'influe guère sur *les résultats du système* qui peuvent se résumer ainsi :

1° Les personnes morales, parce qu'elles sont des êtres fictifs, idéaux, ne peuvent exister que par la volonté des pouvoirs publics, seuls capables d'opérer une création de ce genre, en plein arbitraire;

2° Pour la même raison, ces personnes ne sauraient avoir d'autre capacité que celle qui leur est reconnue par la loi : pour elles, contrairement à ce qui se passe pour les personnes véritables, c'est l'incapacité qui est la règle, la capacité qui est l'exception.

En résumé, on aboutit, dans cette thèse restrictive, à reconnaître la toute-puissance de l'Etat, souverain dispensateur de la personnalité morale et de ses attributs : on fait de l'étatisme à haute dose.

662. Critique de la thèse de la fiction. — Arguments en faveur de la thèse de la réalité des personnes morales. — Cet aboutissement n'est pas précisément une recommandation pour la théorie de la fiction : l'arbitraire de l'Etat n'est pas un idéal à poursuivre; il ne faut pas que les pouvoirs publics puissent comprimer à leur guise le mouvement corporatif, associationnel et faire œuvre de tyrannie, de stérilisation sociale.

663. Les enseignements de l'histoire. — Voilà pour l'avenir; si nous interrogeons le passé, nous arrivons à la même conclusion : la notion de la personnalité morale remonte très haut dans le cours des âges; on la rencontre dans le droit *romain*, du moins à l'époque classique (Etat, communes, municipes, collèges de prêtres, sociétés de publicains), et au Bas-Empire (institutions pieuses, fondations, hôpitaux, orphelinats, asiles). Dans notre *ancien droit*, en admettant qu'elle ait sombré à la suite des invasions, elle a du moins réapparu bientôt : les corporations, les fondations sont alors des êtres juridiques.

Avec la *Révolution*, le concept traditionnel subit une éclipse; le droit de la période intermédiaire, en haine de l'ancien régime, se montra hostile à l'esprit corporatif et associationnel, et la grande codification napoléonienne fait le silence sur la personnalité morale. Mais depuis, quel changement! Malgré le mutisme des textes, la *jurisprudence* retrouve la personnalité des sociétés, elle reconnaît aux associations une certaine individualité; et puis c'est le *législateur* qui, d'un mouvement irrésistible, reconnaît la personnalité morale aux syndicats, ainsi qu'aux associations même simplement déclarées.

664. Les enseignements du droit comparé. — Ils sont particulièrement éloquents : on peut poser ce principe que, plus un code est récent, plus large est la place qu'il accorde à la personnalité morale : rien dans notre Code civil de 1804; très peu de chose dans le Code civil *italien* de 1865; un chapitre dans le Code civil *espagnol* de 1889; un titre tout entier dans le Code civil *allemand* de 1900 (art. 21 à 89), dans le Code civil *suisse* (art. 52 à 89), dans le Code civil de la République de la *Chine* (art. 25 à 65).

665. Conclusions. — On peut donc dire que le développement de la personnalité morale est un phénomène constant; et dès lors on n'arrive pas à comprendre que cette personnalité soit une fiction, et une fiction malheureuse, pernicieuse; il arrive qu'un législateur se trompe, mais que les législateurs de tous les temps et de toutes les latitudes s'entêtent dans une erreur funeste, c'est là un phénomène sans exemple : mieux vaut admettre qu'ils n'ont pas commis l'hérésie collective qu'on leur reproche, que la notion de la personnalité morale est une nécessité, une *réalité* qu'on ne saurait méconnaître.

Vainement objecte-t-on que l'idée de personnalité est indissolublement liée à celle d'existence physique : on a vu des personnes humaines être privées de personnalité : les esclaves, les morts civilement, les étrangers. Il peut donc y avoir existence humaine sans personnalité; la situation inverse doit pouvoir exister, elle aussi; la personnalité doit pouvoir se libérer de l'existence physique.

D'autant plus que les personnes morales, nous le savons, imitent de très près les personnes humaines; elles possèdent les attributs de la personnalité (nom, domicile, état, capacité, patrimoine); elles sont même investies de certains droits que la loi refuse aux individus, par exemple de la faculté d'émettre des obligations négociables, laquelle est

réservée aux sociétés ayant établi le bilan de leur premier exercice (Décret-loi du 30 oct. 1935, *relatif à la protection des obligataires*, art. 2) : comment donc seraient-elles dépourvues de cette personnalité dont les manifestations s'affirment en elles?

C'est bien inexactement que l'on prétend rattacher aux individus ressortissant à la collectivité les droits de cette collectivité; il n'est pas vrai que le Louvre soit aux Français ni le *British Museum* aux Anglais; ce point de vue, admissible dans le langage courant, n'est point juridique; la preuve en est qu'il ne dépendrait pas des Français ou des Anglais d'aliéner ces merveilles; leur consentement, fût-il unanime, serait inopérant, et cela parce qu'elles ne leur appartiennent pas, parce qu'elles sont la chose d'une personne morale, distincte d'eux, qui s'appelle l'Etat, et qui a sa vie propre, ses organes constitutifs. Le patrimoine de l'Etat n'est pas celui des individus qui composent l'Etat, pas plus que le nom ou le domicile d'une société ne sont ceux des milliers ou des centaines de milliers d'associés qui la composent.

666. La thèse de la fiction est une thèse essentiellement matérialiste. — En réalité la thèse que nous combattons est d'essence matérialiste, ou, si l'on veut, économique; elle nous fait saisir sur le vif les abus que les juristes de l'époque présente sont tentés de faire des notions d'ordre économique, de la discipline économique à laquelle ils voudraient assujettir le droit; avec elle, les institutions les plus sacrées sont ramenées à l'étiage de la richesse; la France devient une expression, non pas même géographique, mais économique, un simple mode de tenure; les Français, un simple agglomérat de possédants; une association philanthropique ou amicale, un groupement d'anciens élèves d'un lycée ou d'une faculté, ne sont, eux aussi, que des copropriétaires. Il serait cruel d'appuyer sur ce contresens moral et juridique.

667. Création des personnes morales. — Il faut donc croire à la réalité juridique des personnes morales (*Sic*, H. Capitant, *Introd. à l'étude du droit civil*, n^os^ 157 et suiv.) : bien que ce ne soit pas des êtres en chair et en os, il s'en dégage une âme collective, une « *volonté générale* » qui est orientée vers un *but*. Volonté et but, ce sont les véritables fondements de la personnalité morale; là où existe un *but collectif* et une *volonté collective* d'atteindre ce but, là il y a une personne morale, à condition cependant que

cette volonté se traduise extérieurement, publiquement, par des *organes*, qui sont le côté *constructif* de ladite personnalité, ce par quoi elle s'extériorise, elle agit. Il est évident qu'une personne morale ne peut pas agir elle-même; encore faut-il qu'elle s'extériorise par des rouages, par des organes, sans lesquels elle serait comme si elle n'existait pas, et qui, suivant les cas, s'appelleront des ministres ou des préfets, ou des maires, ou des gérants, des conseils.

668. — Quant à savoir à quel moment au juste cette trilogie de la volonté collective, du but collectif et des organes collectifs, est constituée, c'est une question assurément délicate et au sujet de laquelle les pouvoirs publics auront à dire leur mot, non pas, à vrai dire, pour *créer* la personne morale, mais seulement pour la *reconnaître*, pour la *déclarer* : même la personnalité des êtres humains appelle une réglementation; à plus forte raison en est-il ainsi des personnes morales. Mais le législateur ne saurait sans péril se refuser à reconnaître la personnalité d'un groupement qui s'impose à l'évidence; en fait, il ne serait pas libre de dénier la personnalité aux communes ou aux sociétés de commerce; la jurisprudence, la pratique se chargeraient de rétablir l'équilibre un instant rompu; l'Etat ne peut pas être plus fort que la logique, que les nécessités pratiques; le jour où un organisme a conquis son individualité, il faut bien, coûte que coûte, lui reconnaître la vie, comme on l'a fait, depuis 1811, pour les départements : sans doute le système de la *libre personnification*, de la *génération spontanée* des personnes morales, comporte des dangers et appelle des limites, mais c'est lui qui constitue le principe et les bornes qui lui sont assignées ont un caractère dérogatoire au droit commun.

669. Capacité des personnes morales. — Nous aboutissons, pour ce qui est de la capacité comme pour ce qui concerne la naissance des personnes morales, à des conclusions qui s'opposent nettement à celles auxquelles conduit la thèse de la fiction. Pour elles, la capacité doit constituer la règle, soit quant à la jouissance, soit quant à l'exercice des droits.

La *capacité d'exercice* ne peut faire sérieusement doute, du moins pour ce qui est des groupements ressortissant au droit privé, les seuls dont nous ayons à nous occuper ici : les sociétés, les associations non reconnues d'utilité publique, exercent leurs droits sans avoir à solliciter une autorisation des pouvoirs publics (Pour les *associations reconnues*

d'utilité publique, voy. C. civ., art. 910 et la loi 4 fév. 1901, art. 5).

670. — La *capacité de jouissance* appelle plus d'explications. Le principe, ici encore, est la capacité, conformément à la tradition dont on se trouve, pour ce qui concerne les associations, la consécration dans l'article 11 de la loi du 1er juillet 1901; ce texte reconnaît aux associations reconnues d'utilité publique la capacité de faire *tous les actes de la vie civile*.

Seulement, le principe de la capacité appelle des correctifs et comporte des limitations.

671. — 1° Certaines de ces limitations sont établies par la loi elle-même. Il en est qui se réfèrent à la capacité des personnes morales ressortissant au *droit public* et dont nous n'avons pas à traiter ici; il en est d'autres qui concernent les *associations*.

La loi du 1er juillet 1901 répartit, comme on sait, les associations en trois principales catégories dont chacune possède un statut particulier.

a) Les *associations non déclarées*, bien que licites, sont dépourvues de personnalité; elles s'analysent en une juxtaposition de personnes et de biens, ces derniers étant possédés par celles-là, sans qu'un être juridique vienne s'interposer entre les uns et les autres; de telle sorte que les actes à accomplir, tels un bail ou une vente, doivent émaner de tous les sociétaires, de même que les noms de ceux-ci doivent figurer, à l'occasion d'une instance, dans les actes de la procédure, car *nul en France ne plaide par procureur*.

Cette situation défavorable faite à l'association non déclarée se justifie parfaitement : une organisation occulte ne doit pas rayonner au dehors.

b) Les *associations déclarées* ont une personnalité, et, par conséquent, une capacité; mais l'une comme l'autre sont assez réduites; la personne morale ainsi constituée ne peut posséder, acquérir et administrer que : 1° les cotisations de ses membres; 2° le local destiné à l'administration et à la réunion de ceux-ci; 3° les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose; 4° les fonds alloués, à titre de subvention, par l'Etat, les départements et les communes (art. 6 de la loi du 1er juillet 1901) [1].

[1] Exceptionnellement, les associations qui ont pour but exclusif *l'assistance ou la bienfaisance*, peuvent, bien que simplement déclarées, accepter des libéralités, entre vifs ou testamentaires, sous réserve de l'approbation par décret rendu en Conseil d'Etat (loi 14 janv. 1933, art. 35).

Dans les limites ainsi tracées, la capacité de l'association s'affirme nettement : c'est elle, personne morale, qui agit, représentée par le président, le trésorier ou le conseil; en cas de litige, c'est elle qui plaide : les noms de ses membres ne figureront pas dans les actes de la procédure (même texte).

c) Les *associations reconnues d'utilité publique* ont une personnalité plus intense et une capacité plus étendue. Elles peuvent accomplir tous les actes de la vie civile, réserve faite de ceux qui leur seraient interdits par leurs propres statuts, et sous le bénéfice de cette double limitation qu'elles ne peuvent acquérir ou posséder d'autres immeubles que ceux qui sont nécessaires au but poursuivi, et qu'elles ne sauraient accepter une donation qui ne leur serait consentie qu'avec la réserve d'un usufruit au profit du donateur (art. 11 de la loi).

Ces associations peuvent posséder des capitaux extrêmement importants, sans limitation de chiffre, et recevoir des libéralités de personnes quelconques : l'article 11 exige seulement que leurs valeurs mobilières revêtent la forme nominative.

672. — 2° D'autres limites sont apportées à la capacité de certaines personnes morales par leur *statuts* mêmes; une société, une association peuvent s'interdire ainsi initialement certains actes, différentes en cela des personnes humaines qui sont en quelque sorte prisonnières de leur propre capacité et qui ne sauraient, par un acte de leur volonté, se décréter incapables.

673. — 3° Enfin, nous voyons intervenir ici — et c'est une nouvelle différence entre personnes humaines et personnes morales — le principe de la *spécialité*. A la différence des personnes physiques qui peuvent exercer leur activité dans toutes les directions, qui ne sont pas vouées à un but précis, les personnes morales — du moins la grande majorité d'entre elles — sont constituées en vue d'un objectif déterminé : commercial, politique, philanthropique, religieux, charitable, etc.; presque toutes sont ainsi spécialisées et tournent dans un cercle dont elles ne sauraient s'évader: elles ne sont capables, et l'on peut même dire qu'elles n'existent qu'en vue de la fonction qu'elles se sont assignée ou qui résulte de leur nature même; on ne comprendrait pas qu'une œuvre de bienfaisance se mît à faire le commerce, ou qu'une société de commerce se transformât en organisation politique; ce serait faire échec au principe de la spé-

cialité, mentir à la mission acceptée, renier sa personnalité : la sanction serait la *nullité* des actes accomplis en rupture de la règle de la spécialité (V. les avis du C. d'Etat du 13 avril et du 2 déc. 1881, *D. P.* 1882, 3, 21).

Parfois, la détermination de la sphère d'activité d'une personne morale ne va pas sans difficultés : par exemple, on se demande si une société, particulièrement une société de commerce a la capacité d'accepter une libéralité qui lui est adressée : n'existe-t-il pas une incompatibilité entre l'esprit, le but d'un tel groupement et la notion du titre gratuit, laquelle n'a rien de commercial, rien de spéculatif? La question est discutée, surtout elle l'a été. (Voy. en sens divers, les notes de M. Labbé, *S.* 1881, 2, 249, de M. Planiol, *D. P.* 1895, 1, 217, et de M. Thaller, *D. P.* 1896, 1, 145.) Ces difficultés d'application ne prouvent d'ailleurs rien contre le mérite du principe de la spécialité dont l'exactitude est unanimement reconnue.

DEUXIÈME PARTIE

LA FAMILLE

674. Bibliographie. — P. Janet, *La famille*; P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*; Lerebours-Pigeonnière, *La famille dans le Code civil*, *Livre du centenaire du Code civil*, I, p. 265; Turgeon, *Le féminisme français*, 2 vol.; Charmont, *Les transformations du Code civil*; Ch. Lefebvre, *La famille en France dans le droit et dans les mœurs*; Emm. Gounot, *L'épouse et la mère en droit français*, *Semaine Sociale de Nancy*, 1927; Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille*; Cosentini, *Le droit de famille, essai de réforme*, 1929; Senn, Michon, Gény, etc., *Le maintien et la défense de la famille par le Droit*, 1930; H. Capitant, *L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil*, dans le *Livre-Souvenir des Journées du droit civil français*, publié en 1936, par le barreau de Montréal, p. 1.

INTRODUCTION

675. Définitions. — La *famille* s'entend dans des sens différents, plus ou moins compréhensifs, que l'on pourrait représenter par des cercles concentriques d'étendue variable.

1° *Lato sensu*, la famille englobe toutes les personnes unies par un lien de *parenté* ou d'*alliance*; elle s'étend jusqu'à des limites lointaines que notre droit positif a établies au *douzième degré*; dans cette acception, elle repose à la fois sur la *communauté du sang*, sur le *mariage* et sur l'*adoption*.

2° Dans un sens beaucoup plus restreint et fort différent, la famille désigne les personnes vivant sous le même toit : père, mère, enfants, et, s'il y a lieu, petits-enfants, voire même des collatéraux: elle devient alors, ou à peu près, le

synonyme de *foyer*, de *domus*; cette vue n'est pas étrangère au législateur : le *bien de famille* est l'immeuble qui abrite la *famille* ainsi entendue.

3° Enfin, on entend quelquefois par famille le groupement restreint constitué par le père, la mère et les enfants, en y faisant rentrer ces derniers même dans l'éventualité où ils se seraient créé un foyer et où ils auraient, à leur tour, fondé une famille comprise dans le sens du mot.

En principe, et sauf précision contraire, c'est dans le premier sens, le seul véritablement juridique, que la famille doit être entendue : elle a la valeur d'un *groupe ethnique, intermédiaire entre l'individu et l'Etat*.

676. Nécessité de la famille. — Sous quelque aspect qu'on l'envisage, la famille apparaît comme une institution nécessaire et sacrée; on a peine à concevoir une communauté sociale dans laquelle aucun groupement ne viendrait s'interposer entre l'individu et l'Etat; une telle société ne serait pas viable; elle représenterait une poussière d'individus; c'est la famille qui, par une première synthèse, non pas artificielle, mais naturelle et bienfaisante, vient préparer la synthèse plus vaste que réalise le concept de la nation; elle est un élément de cohésion, une condition de l'équilibre social. L'histoire enseigne que les peuples les plus forts ont toujours été ceux chez lesquels la famille était le plus fortement constituée : Rome, l'Angleterre, la France, l'Allemagne; elle dénonce aussi le relâchement des liens familiaux au cours des périodes de décadence : c'est ordinairement dans la cellule familiale que les premiers symptômes du mal se manifestent avant d'éclater dans l'organisme plus vaste et plus puissant de l'Etat.

Aussi comprend-on que les législateurs des différents siècles et des différents pays se soient intéressés de très près au sort de la famille; ils se sont préoccupés, non de la régenter arbitrairement — en pareille matière, les mœurs sont souvent plus fortes que les lois — mais de la protéger, de la conditionner, d'en tirer le meilleur rendement social possible.

677. Crise de la famille; son évolution. — Il est malheureusement certain que notre génération assiste à une crise de la famille; sans doute, cette institution, base de la société, n'est point mise en question dans son principe; mais elle a une propension à se transformer, à évoluer; le principe d'autorité, qui fut traditionnellement à sa base, s'affaiblit; les diverses puissances, maritale et paternelle,

qui en constituent les clefs de voûte, s'effritent ou s'adoucissent; le mariage, qui en représente le point central, a perdu, avec le divorce, son caractère d'indissolubilité; l'esprit critique et « l'esprit d'égalité extrême » ont fait leur œuvre, dans ce domaine comme ailleurs, et la famille apparaît, non plus ainsi que jadis, comme une institution quasi divine, bénéficiant d'un statut particulier, mais comme une institution tout court, comme une société dont les membres, échappant le plus tôt possible au principe d'autorité, sont gouvernés par des idées plutôt que par des personnes : idée de protection des faibles contre les forts; respect de la liberté individuelle; égalité des sexes, et même, autant que possible, égalité de tous, sans oublier les intérêts de l'Etat qui s'affirment notamment au point de vue fiscal. Ce sont ces tendances diverses qui conduisent instinctivement les juristes, les écrivains, les tribunaux, le législateur, vers une organisation nouvelle et composite de la famille, vers une forme moins oppressive pour l'individu : après avoir été dominée par le principe d'autorité, donc d'inégalité, elle se réclame des idées modernes d'égalité, de libre arbitre, de liberté individuelle; après avoir donné l'image d'un gouvernement absolu, elle tend à devenir comme une république domestique; évolution qui, à côté d'avantages incontestables, est fertile en dangers : l'affaiblissement de l'autorité, l'esprit d'égalité extrême sont susceptibles de conduire à la décadence et à l'anarchie; et il est plus difficile de remonter le courant que de le descendre; il faudra ne jamais perdre de vue que la famille a pour raison d'être la *propagation de l'espèce*, la *permanence de la race* et l'*éducation des enfants* dans les meilleures conditions possibles : l'enjeu est assez important pour que toutes les forces sociales s'unissent et fassent bloc en vue de ne pas perdre la partie; la crise de natalité dont nous souffrons depuis longtemps (le chiffre des naissances a baissé de quelque cent milles unités dans l'espace d'une trentaine d'années) doit appeler l'attention de tous, et notamment celle des pouvoirs publics, sur un problème qui est de tous les temps et de presque tous les pays, mais qui revêt de nos jours, en France et en Angleterre notamment, une acuité exceptionnelle.

678. La structure de la famille. — La famille, entendue dans son sens le plus large, le seul vraiment juridique, comprend des *conjoints*, des *parents* et des *alliés*; elle repose, en effet, sur le *mariage*, la *parenté* et l'*alliance*. Nous n'avons pas à nous occuper à cette place du mariage qui fera l'objet

d'une étude spéciale; mais il importe de définir dès maintenant la parenté et l'alliance.

679. I. La parenté. — Définitions. — On entend par là le lien qui existe tant entre personnes dont l'une descend de l'autre (fils et père, petit-fils et grand-père), qu'entre personnes descendant d'un auteur commun (frères et sœurs, cousins) : dans le premier cas, la parenté est *directe*, dans le deuxième, elle est *collatérale* (art. 736).

La chaîne qui s'établit ainsi entre parents prend le nom de *ligne*; cette ligne est *ascendante* ou *descendante* selon qu'on la remonte ou qu'on la descend; elle est dite *paternelle* ou *maternelle* suivant qu'on s'en réfère au père ou à la mère de la personne dont on veut préciser le statut familial; on peut être parent par la ligne paternelle (*consanguinité*) ou par la ligne maternelle (*parenté utérine*), ou enfin par les deux lignes (*parenté germaine*), comme c'est ordinairement le cas pour des frères ou des sœurs qui, ayant même père et même mère, sont donc *frères et sœurs germains*.

680. Degrés de parenté. — La proximité de la parenté s'évalue en degrés; ceux-ci se comptent différemment pour la parenté directe et pour la parenté collatérale.

1° *En ligne directe*, les degrés sont représentés tout simplement par les générations : un père et son enfant sont donc parents au premier degré; un grand-père et un petit-fils au deuxième, et ainsi de suite (art. 737).

2° *En ligne collatérale*, le calcul est plus compliqué : on compte les degrés en partant de l'un des parents pour remonter jusqu'à l'auteur commun et redescendre ensuite jusqu'à l'autre parent : c'est ainsi que des frères et sœurs sont parents au deuxième degré, un oncle et un neveu au troisième, les cousins germains au quatrième (dans ce dernier cas, l'auteur commun est, en effet, le grand-père ou la grand-mère) (art. 738). Le *droit canonique* emploie un autre mode de computation qui aboutit à des résultats très différents : il ne compte les degrés que d'un seul côté, à savoir celui de la ligne la plus longue : un oncle et un neveu sont alors parents au deuxième degré, comme d'ailleurs des cousins germains.

681. Sources de la parenté. — La parenté a ordinairement sa source dans le mariage : on dit alors qu'elle est *légitime*.

Elle peut aussi exister en dehors du mariage, soit par la

procréation et alors elle est dite *naturelle*, soit en vertu de l'adoption et on la qualifie alors d'*adoptive*.

682. Effets de la parenté. — Ils sont innombrables et beaucoup d'entre eux sont de première importance; ils varient d'ailleurs beaucoup tant avec le *degré* de la parenté qu'avec sa *source* : les rapports juridiques ne sont pas les mêmes entre cousins éloignés qu'entre parents et enfants, ni entre parents légitimes qu'entre parents naturels. Aussi les étudierons-nous séparément à l'occasion de chacune des familles *légitime* (*inf.* n^os^ 1072 et suiv.), *naturelle* (*inf.* n^os^ 1239 et suiv.) et *adoptive* (*inf.* n^os^ 1307 et suiv.).

683. II. **L'alliance. — Définition.** — L'*alliance* ou *affinité* est le lien qui unit chacun des époux aux parents de l'autre : la femme devient la fille par alliance, la *belle-fille* des père et mère de son mari; la sœur par alliance, la *belle-sœur* des frères et sœurs de son mari, et ainsi de suite; le raisonnement est le même pour le mari qui entre, lui aussi, dans la famille de sa femme, à titre de *gendre*, de *beau-frère*, etc.

684. — Il faut remarquer :

1° Que les *époux* eux-mêmes ne sont pas à considérer, dans leurs rapports réciproques, comme des alliés; ils ne sont ni parents, ni alliés; ils forment une catégorie à part; ils déterminent l'alliance sans la réaliser juridiquement entre eux;

2° Que les alliés de chaque époux ne deviennent pas ceux de ses propres parents : par exemple, le père du mari n'est nullement l'allié du père ou de la mère de sa femme; comme on l'a remarqué (Planiol et Ripert, t. I, n° 652), il est inexact de dire que les deux familles s'allient par un mariage; seuls, les époux s'allient, dans la mesure que nous venons d'indiquer, mais les familles demeurent distinctes; les maris de deux sœurs ne sont donc pas alliés entre eux (Civ., 25 avril 1923, *S.* 1923, 1, 301);

3° Que *seul* le mariage crée l'alliance, mais qu'il la crée *toujours*, dans les limites indiquées.

a) *Seul*, le mariage crée l'alliance; une *union de fait* ne détermine pas l'affinité et, par exemple, la concubine ne devient pas l'alliée des parents de son compagnon : elle n'entre pas dans la famille de celui-ci; l'opinion contraire, adoptée par le droit canonique ancien, est repoussée par la très grande majorité des auteurs : le législateur de 1804 a voulu ignorer l'union de fait; il n'a pas attribué d'effets

juridiques, en principe du moins, aux relations hors mariage.

b) Dans les limites indiquées, le mariage crée *toujours* l'alliance, dans les rapports de chacun des époux, non seulement avec la famille légitime de l'autre, mais aussi avec la famille *naturelle* ou *adoptive*. Le père naturel de l'époux devient le beau-père naturel de l'épouse; la femme de l'adopté devient la belle-fille adoptive de l'adoptant (Ch. réunies, 6 déc. 1844, *S.* 1845, 1, 116; *D. P.* 1845, 1, 10).

685. Effets de l'alliance. — Moins compréhensive que la parenté, l'alliance produit des effets moins nombreux; la simple affinité n'a pas la même valeur que la communauté du sang : c'est ainsi que les alliés n'ont pas la vocation successorale (*inf.* n° 1073) et qu'ils sont sans qualité pour faire officiellement opposition à un mariage (*inf.* n° 755) ou pour provoquer une interdiction judiciaire (*sup.* n° 534).

686. Durée de l'alliance. — Moins compréhensive et moins efficace que la parenté, l'alliance présente encore cette infériorité de n'être pas, comme elle, absolument indélébile : ayant sa source dans le mariage, ne doit-elle pas cesser avec lui? Si, par exemple, la femme vient à décéder, ne faut-il pas dire que son mari, devenu veuf, cesse d'avoir la qualité de gendre vis-à-vis des père et mère de la défunte? Et le problème se pose dans des termes analogues lorsque le mariage est dissous, non plus par le décès de l'un des époux, mais de leur vivant, par le divorce.

Telle était bien la doctrine de notre ancien droit; Loysel la formulait avec sa vigueur habituelle en disant : « *morte ma fille, mort mon gendre* ». Le Code civil s'en est-il référé à ce précédent?

Il ne semble pas qu'il ait, sur ce point, fait œuvre systématique; la solution qu'il paraît donner au problème est toute fragmentaire et empirique; on ne peut pas dire que la dissolution du mariage mette fin à l'alliance; et même, il est des effets de l'alliance qui ne peuvent se produire et revêtir une signification pratique qu'après cette dissolution, notamment l'empêchement au mariage entre beau-frère et belle-sœur, lequel n'a de sens qu'après la rupture de l'union qui produisait l'affinité, puisque avant cet événement, l'existence même de cette union faisait obstacle à un projet dont l'exécution eût été entachée de bigamie (*inf.* n° 717).

Cependant, il est d'autres effets de l'alliance qui risquent de sombrer avec le mariage d'où elle était née : notamment la *dette alimentaire* incombant aux gendre et belle-fille vis-

à-vis des beau-père et belle-mère; cette obligation disparaît du fait de la rupture du mariage, mais seulement s'il n'existe pas d'enfants issus de l'union (art. 206, *inf.* n° 1149) : ce n'est donc pas la seule dissolution du mariage qui met fin, à ce point de vue, à l'alliance, mais bien *la dissolution du mariage sans enfants*; en réalité, l'alliance existe toujours, mais elle produit des effets moins nombreux.

Parmi ces effets, qui survivent à la dissolution du mariage, même survenue sans enfants, il faut citer l'incapacité d'être *témoin* dans un acte notarié ou de faire partie d'un même *tribunal* (Demolombe, t. III, n° 117) ou d'un même *conseil municipal* (Req., 30 oct. 1923, *S.* 1924, 1, 31; *D. P.* 1914, 1, 119).

687. — Le Code civil a donc mis de côté, en pareille matière, tout esprit de système; mais il faut dire, avec la Cour de cassation, que « l'alliance ne cesse pas d'une manière absolue par le décès sans enfant de la personne qui l'avait produite » (Req., 30 oct. 1923, *S.* 1924, 1, 31).

Malgré tout, l'alliance est moins persistante que la parenté dont les effets sont absolument et certainement indélébiles.

Voir sur l'alliance, *De l'alliance ou affinité et de ses effets*, par M. Péronnet, thèse, Lyon, 1933.

688. Plan. — Maintenant que nous avons pris une idée sommaire de la parenté et de l'alliance, clefs de voûte, avec le mariage, de la famille, nous pouvons arriver à l'étude de la famille elle-même.

Nos explications porteront successivement :

1° Sur la *famille légitime*;

2° Sur la *famille naturelle*;

3° Sur la *famille adoptive*.

En parlant de *famille naturelle*, nous nous séparons du point de vue des rédacteurs du Code civil qui refusaient toute famille aux enfants naturels sur la situation desquels ils se sont efforcés de jeter le voile. Mais la réalité est plus forte que les fictions et les dissimulations; on ne supprime pas un fait en fermant les yeux sur lui; en réalité, l'enfant naturel a une famille; il existe donc bien une famille naturelle dont le statut se développe et s'améliore sans cesse : il importe de l'étudier.

TITRE I

LA FAMILLE LÉGITIME

689. Plan. — Etudier la famille légitime, c'est étudier d'abord le *mariage*, qui en constitue la source unique, puis la *parenté légitime* et l'*alliance* qui en découlent.

Tel sera le plan que nous suivrons :

Chapitre I. — Le *mariage;*

Chapitre II. — La *parenté légitime* (PATERNITÉ et FILIATION) et l'*alliance légitime.*

CHAPITRE PREMIER

Le mariage

690. Bibliographie. — P. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme;* A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique,* 2 vol.; OL. MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire,* thèse, 1901; Ch. LEFEBVRE, *Histoire du droit matrimonial français;* ROGUIN, *Traité de droit civil comparé,* I. *Le mariage.*

Sources. — C. civ., livre I, titres V et VI, art. 144 et suiv., et titre II, chap. III, art. 63 et suiv.; lois des 10 déc. 1850, 20 juin 1896, 21 juin 1907, 10 mars 1913, 5 avril 1919, 3 août 1919, 28 fév. 1922, 9 déc. 1922, 7 fév. et 26 mars 1924, 18 avril et 17 juill. 1927, 4 fév. 1928, 19 déc. 1928; 31 mars 1929; 11 juill. 1929; 4 janv. 1930; 13 fév. 1932; 2 fév. 1933; 17 fév. 1933; 19 fév. 1933 (deux lois); 15 mars 1933; 4 fév. 1934.

691. Définitions. — Les jurisconsultes romains recouraient, pour définir le mariage, à des formules d'une haute noblesse; pour eux, il était « *consortium omnis vitæ* »; « *divini et humani juris communicatio* »; ils le considéraient comme une institution divine, autant qu'humaine — divine par son origine et par son but, humaine par sa réali-

sation; ils y voyaient la fusion de deux existences, dans le domaine moral et religieux comme au point de vue matériel; aussi leurs définitions demeuraient-elles dans le vague : elles procédaient d'un idéal trop haut placé pour descendre jusqu'à la précision.

Portalis, l'un des rédacteurs de notre Code civil, a voulu être plus précis; il a défini le mariage : « La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée. »

Cette définition, devenue classique, présente des points faibles : elle ne fait pas état du caractère purement civil du mariage, ni même de son caractère régulier et légal; elle conviendrait aussi bien à certaines unions de fait; enfin, elle a le tort de faire, de la procréation des enfants, le but essentiel du mariage.

Il est plus simple et plus exact de définir le mariage : *l'union de l'homme et de la femme, contractée solennellement et en conformité de la loi civile.*

Il ressort de cette définition :

1° Que le mariage est un *contrat*;

2° Que ce contrat est *solennel*;

3° Qu'il s'analyse en une *association de personnes*;

4° Qu'il ressortit *à la loi civile.*

Reprenons ces différentes caractéristiques :

692. 1° **Le mariage est un contrat.** — L'exactitude de cette position a été contestée : le mariage, a-t-on dit, est autre chose et plus qu'un contrat : c'est une *institution* qu'il ne faut pas rabaisser au rang des catégories juridiques courantes (*Sic*, LEFEBVRE, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?*); d'autres ont dit : c'est une *union*, car il crée une règle et une situation permanentes (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, chap. 3, § 40).

Ces dissidences proviennent d'une conception trop étroite que ces auteurs se font du contrat (V. *inf.*, t. II, n^{os} 14 et 15) : on doit entendre, sous ce vocable, toute union de deux ou de plusieurs volontés en vue de créer des droits; or, le mariage répond parfaitement à cette large définition. Sans doute, il crée un régime durable, régi par un statut permanent; mais il en va ainsi de bien d'autres contrats : société, association, mandat, louage; de ce qu'un acte établit un *modus vivendi*, il faut se garder de conclure qu'il ne soit pas un contrat, et alors même qu'il aurait, pour l'Eglise, la valeur d'un sacrement : le législateur civil a réglementé le mariage en s'abstrayant de toute considération d'ordre

confessionnel. Il est rigoureusement exact de dire que l'on *contracte* mariage : la terminologie courante est conforme à la réalité juridique qu'elle recouvre et qu'elle dénonce. (*Sic*, POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, n^os^ 3, 92, etc.; ce traité est d'ailleurs, malgré son intitulé, consacré effectivement au mariage lui-même : V. notamment le n° 2; SOLUS, *Les principes du droit civil*, p. 14; — Comp. Chambéry, 27 oct. 1931, *S.* 1932, 2, 14).

693. 2° Le contrat est solennel. — Il est conclu devant l'*officier de l'état civil* qui procède à sa *célébration*. Grâce à ce caractère, le mariage ne risque pas de se confondre avec le concubinage, avec l'*union de fait* : on dispose, pour établir la distinction, d'un critère simple et infaillible : l'observation, par les intéressés, des formalités instituées par la loi pour la conclusion du mariage.

694. 3° Le mariage est une association de personnes. — Sur ce point, toutes les définitions concordent, qu'elles proviennent des jurisconsultes romains, de nos anciens auteurs, des rédacteurs du Code civil ou des écrivains modernes : les époux mettent en commun leurs existences mêmes; et, de plus en plus, leurs mises tendent à s'égaliser; le contrat tend à se conclure à égalité, surtout dans les pays où la femme mariée conserve toute sa capacité juridique.

Mais l'*association ne porte que sur les personnes*; elle est étrangère aux biens dont le sort est réglé par une autre convention qui a nom *le contrat de mariage* et qu'il faut soigneusement distinguer du *mariage lui-même*; autre chose est la *charte conjugale*, qui régit les personnes, autre chose la *charte pécuniaire* qui intéresse uniquement le patrimoine des époux.

695. 4° Le mariage est une institution du droit civil, exclusivement. — Ce dogme constitue l'aboutissement d'une lutte séculaire entre le pouvoir civil et l'Eglise. Il fut un temps où, sous l'ancien régime, le mariage était, avant tout et presque exclusivement, un sacrement, une institution religieuse et, plus spécifiquement, catholique. Cette position du problème n'était pas faite pour surprendre, puisque la religion catholique avait alors la valeur d'une religion d'Etat; c'était l'autorité ecclésiastique, c'était le droit canon qui réglementaient le mariage; c'étaient les tribunaux ecclésiastiques qui connaissaient des *causes matrimoniales*, comme c'était le *prêtre* qui avait qualité pour procéder à la célébration, à l'imposition du sacrement.

La Royauté ne pouvait tolérer indéfiniment cette emprise de l'Eglise sur le domaine d'une institution vitale pour la société civile; à dater du XVI[e] siècle, ses efforts tendirent à reprendre le terrain perdu, à faire du sacrement une institution du droit civil. Elle y parvint, grâce à l'ingéniosité et à la ténacité de ses légistes qui utilisèrent à cet effet quantité de théories dont certaines furent inventées pour les besoins de la cause (*appel comme d'abus*), si bien qu'à la fin de l'ancien régime et dès auparavant, le monopole de l'Eglise dans le domaine matrimonial s'est effondré : la distinction du *spirituel* et du *temporel* a remis toutes choses à leur vraie place : à l'Eglise, les causes d'ordre spirituel, mais à l'Etat et à l'Etat seul, les causes d'ordre temporel.

La Révolution n'eut donc pas besoin d'un grand effort pour réaliser la *sécularisation du mariage*, qui était chose déjà faite; sur ce point, son œuvre fut verbale plutôt qu'effective. La Constitution des 3-14 septembre 1791 proclame que « *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* »; elle laisse à chacun le soin de se mettre en règle avec sa religion, quelle qu'elle soit et s'il le juge convenable. Cette conception civile et laïque du mariage devait passer dans le Code civil; elle était définitivement acquise.

696. But du mariage. — Les caractéristiques que nous venons d'indiquer suffisent à définir le mariage; il faut se garder d'y ajouter en précisant, d'une façon étroite, le *but* de cette institution. On ne doit pas poser, en thèse générale, et avec Portalis, que le mariage a pour but la procréation des enfants, puisqu'il est licite entre vieillards, entre infirmes, puisqu'il peut même être contracté par un moribond, *in extremis*. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il trouve sa raison d'être *objective*, mais non à l'occasion de chaque cas particulier, dans la nécessité de perpétuer la race, de procréer des enfants.

697. Importance sociale du mariage. — Aussi le législateur ne saurait-il se désintéresser de cette institution qui, on le dit et on le répète sans aucune exagération de langage, constitue l'un des fondements de la société humaine; en dehors de lui, il n'y aurait guère de famille possible, et, sans famille, on n'imagine pas une communauté sociale forte et stable : l'expérience a montré que c'est dans le cadre de la famille légitime, donc dans celui du mariage, que la femme trouve le plus de sécurité et de moralité, et que l'enfant naît, grandit et s'élève dans les meilleures conditions possibles; le mariage constitue pour lui à la fois la source la plus pure et l'abri le plus sûr.

698. Rôle du législateur. Statistique. — Il appartient au législateur de réglementer l'union légitime en tenant compte des mœurs, en encourageant les tendances sociales et moralisatrices, en freinant au contraire les tendances dissolvantes; il doit s'efforcer de maintenir la solidité de l'édifice, parfois en faisant preuve de sévérité, dans d'autres circonstances en affirmant son libéralisme, en facilitant par exemple l'accès au mariage, en simplifiant les formalités exigées pour sa célébration. Ainsi a-t-il fait au cours de la dernière période et sans doute son action n'est-elle pas tout à fait étrangère à l'accroissement du nombre annuel des mariages entre les années 1890 à 1924 : descendu jusqu'au chiffre de 269.332 en 1890, il dépasse, largement, depuis quelques années, celui de 300.000 :

1890	269.332
1913	312.036
1920	622.724
1921	455.543
1922	384.585
1923	355.066
1924	355.401
1925	352.830
1926	346.126
1927	337.864
1928	339.014

On voit que les statistiques — qui sont celles du ministère du travail — accusent un relèvement de la nuptialité, soit pendant la période qui a précédé la guerre, soit surtout au cours des années qui en ont suivi l'achèvement; mais que, depuis 1924, la courbe est redevenue descendante, et la situation ne laisse pas d'être inquiétante surtout si l'on songe que, parmi les nouveaux mariés, figurent bon nombre de divorcés qui tentent une nouvelle épreuve.

699. Plan. — Six sections seront consacrées aux points suivants :

1° *Conditions requises* (EMPÊCHEMENTS au mariage);

2° *Formalités* : PROCÉDURE du mariage;

3° *Sanctions* des conditions et formalités prescrites (théorie des NULLITÉS de mariage);

4° *Effets* du mariage;

5° *Preuve*;

6° *Dissolution et relâchement.*

SECTION I. — CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE. EMPECHEMENTS AU MARIAGE

700. Généralités. Plan. — Les conditions requises pour le mariage évoluent dans un sens libéral : le législateur contemporain, dans son désir de faciliter l'union légitime, abaisse certaines barrières et se montre de moins en moins exigeant. (H. CAPITANT, *De la qualification des conditions et formalités exigées par le Code napoléon, pour le mariage*, *Rev. crit.*, 1930, p. 31.)

La plupart de ces conditions affectent la forme *négative* de *non-empêchements*; seul, le *consentement* des parents ou de certaines personnes qualifiées, se présente sous l'aspect d'une condition *positive*.

Les *empêchements* se divisent eux-mêmes en deux catégories suivant leur portée plus ou moins générale :

1° Il en est qui s'opposent au mariage d'une personne avec toute autre personne; celui qui en est frappé est *inapte* à tout mariage : on dit alors que l'empêchement est *absolu*;

2° Il est d'autres empêchements qui font obstacle à l'union d'une autre personne avec telle autre personne déterminée; celui qui en est atteint peut se marier, en principe, mais sauf avec la personne par rapport à laquelle l'obstacle existe : on dit alors que l'empêchement est *relatif*.

Les empêchements absolus ne sont d'ailleurs pas nécessairement plus graves que les empêchements relatifs, ou du moins ils ne le sont que par leur étendue, non par leur durée; bon nombre d'entre eux sont susceptibles de disparaître, sont *temporaires*, au lieu que les empêchements relatifs sont ordinairement *définitifs* : en ce sens, ils sont plus graves que les premiers.

Nous étudierons :

1° Les empêchements *absolus*;

2° Les empêchements *relatifs*;

3° Le *consentement* de personnes qualifiées qui est parfois exigé pour la validité de l'union.

§ I. — EMPÊCHEMENTS ABSOLUS

701. Enumération. — Les empêchements *absolus* sont, actuellement, au nombre de quatre :

1° La *folie*;

2° L'*impuberté*;

3° L'existence d'un *autre mariage*;

4° Pour la femme, dans certains cas, le *délai de viduité*, c'est-à-dire la proximité de la dissolution d'une précédente union.

702. — I. *La folie.* — Bien que la loi ne s'en explique pas formellement, il est hors de doute que la démence fait obstacle au mariage, comme à la conclusion de tout acte juridique; il n'y a là que l'application, à l'union des personnes, du droit commun. D'ailleurs, nous verrons que la loi prend en considération certains vices de consentement qui sont de nature à annuler le mariage (*Inf.*, n^os^ 833 et suiv.); à plus forte raison, l'absence de tout consentement doit être irritante; enfin, l'article 174 permet à certaines personnes de faire opposition au mariage pour cause de démence du futur conjoint.

Toujours conformément au droit commun, c'est au moment même de la célébration du mariage qu'il faut se placer pour apprécier la liberté d'esprit du conjoint. Un aliéné peut se marier pendant un intervalle lucide. (POTHIER, *Traité du mariage*, n° 92.)

703. — Mais c'est une question de savoir si cette distinction fondamentale entre les moments de démence et les intervalles lucides continue à être de mise malgré l'*interdiction judiciaire* de l'intéressé; on sait, en effet, que cette mesure a pour effet de supprimer juridiquement les intervalles lucides (*Sup.*, n° 145); il en résulte que, dans la rigueur des principes, l'aliéné interdit ne peut jamais contracter mariage, fut-ce pendant un moment de rémission. Cependant, cette solution est vivement contestée, comme elle l'est d'ailleurs pour tous les actes strictement personnels, inaccessibles au tuteur de l'interdit; en les fermant inexorablement à ce dernier, on hausse son incapacité d'exercice jusqu'au rang d'une incapacité de jouissance, ce qui est assurément très dur; on le met en quelque sorte *hors des droits strictement personnels*. (*Sup.*, n° 544.)

Bien que la jurisprudence incline à la solution la plus douce et semble admettre la validité de l'union contractée par l'interdit au cours d'un intervalle lucide (Req., 12 nov. 1844, *S.*, 1845, 1, 246; *D. P.*, 1845, 1, 98; trib. civ., Vervins, 21 juill. 1910, *S.*, 1911, 2, 125; *D. P.*, 1911, 5, 6; Poitiers, 20 déc. 1933, *motifs*, *S.*, 1934, 2, 23), nous demeurons partisan de l'incapacité permanente :

1° Parce que cette interprétation est seule conforme à la lettre de l'article 502 qui proclame la nullité de *tous actes* passés après le jugement d'interdiction;

2° Parce que l'article 174, qui permet à certaines per-

sonnes de faire opposition au mariage à raison de la démence du futur conjoint, leur fait, à cette occasion, une obligation de s'engager à provoquer une interdiction à bref délai, recommandation qui n'aurait aucun sens si, malgré l'interdiction prononcée, l'interdit conservait l'aptitude au mariage pendant les intervalles lucides;

3° Parce que le mariage d'un interdit, donc d'un aliéné, n'est pas socialement désirable.

704. Interdits légaux. — Un *interdit légal* peut certainement se marier : un décret est venu réglementer l'union des individus qui font partie d'une colonie pénitentiaire. (D. 24 mars 1866.)

705. Internés non interdits. — Les actes qu'ils passent ne sont atteints que d'une *nullité facultative* (*Sup.*, n° 559) ; il y a lieu de faire application de cette directive au mariage.

706. Individus pourvus d'un conseil judiciaire. — Leur aptitude au mariage reste entière, sauf, pour le faible d'esprit, la question de la liberté du consentement qui se pose et qui doit être résolue en se plaçant au moment même de la célébration du mariage; en tout cas, l'assistance du conseil n'est point requise, le mariage ne figurant pas dans l'énumération des articles 499 et 513.

707. II. L'impuberté. — Elle constitue un obstacle au mariage; sous une autre forme, la *puberté*, c'est-à-dire l'aptitude à la procréation, est requise pour la validité du mariage.

Le législateur ne peut résoudre la question que par une mesure d'autorité, c'est-à-dire à l'aide d'une présomption irréfragable : l'âge choisi a varié beaucoup au cours des siècles; à *Rome*, il était de 12 ans et de 14 ans suivant le sexe, et notre *ancienne jurisprudence* avait conservé ce régime, institué cependant pour un autre climat et pour une race différente; la loi du 20 septembre 1792 recula la limite jusqu'à 13 et 15 ans; le Code civil l'a reporté à 15 ans pour les filles, à 18 ans pour les garçons. Cet âge peut paraître encore trop précoce, à tous égards; l'eugénique enseigne que, dans l'intérêt de la race, il conviendrait de se montrer plus exigeant, comme on l'a fait dans nombre de pays étrangers : en *Allemagne*, 16 et 21 ans (C. civ. allem., art. 1303) ; en *Suisse*, 18 et 20 ans (C. civ. suisse, art. 96) ; même le Code de la famille de la *Russie soviétique* est un peu moins libéral que le nôtre, lui qui, cependant,

a fait du mariage une union à peu près libre : 16 ans et 18 ans.

708. Dispenses possibles. — Encore notre Code civil admet-il les *dispenses d'âge* que le *chef de l'Etat* peut accorder « *pour des motifs graves* » dont le principal, sinon le seul, pratiquement, est l'état de grossesse de la future épouse (art. 145). La procédure à suivre pour l'obtention des dispenses est fixée par un arrêté du 20 prairial an XI.

709. III. **Existence d'un précédent mariage.** — Il va sans dire que l'existence d'une union fait obstacle à la conclusion d'un nouveau mariage : la *bigamie* est interdite; elle n'est plus, comme au temps de Molière, un cas littéralement pendable; elle l'est même de moins en moins, car, tandis que le Code pénal en avait fait un *crime*, puni des *travaux forcés*, une loi du 17 février 1933 l'a ramenée aux proportions d'un simple *délit*, sanctionné par l'*emprisonnement* et l'*amende* (C. pén., art. 340, mod. par ladite loi); et ceci, bien entendu, dans le seul cas où elle est pratiquée sciemment; on peut être bigame sans le vouloir, sans même le savoir, et alors on ne tombe pas sous le coup de la loi pénale. Mais, dans tous les cas, qu'elle soit pratiquée de *mauvaise foi* ou de *bonne foi* (ce qui n'est pas impossible, un individu pouvant se croire veuf alors que son conjoint est, en réalité, toujours vivant), la bigamie détermine la nullité de la seconde union, sanction d'ordre civil (art. 147).

710. — Comme mieux vaut prévenir que punir, la loi s'efforce de rendre la bigamie irréalisable; l'officier de l'état civil sera ordinairement mis au courant de la situation véritable, car :

1° La loi donne à certaines personnes, et notamment à la victime, au conjoint trompé, le droit de faire *opposition* au second mariage (art. 172);

2° Si l'un des intéressés se dit veuf ou divorcé, il doit produire un acte de décès ou une expédition de la transcription du jugement de divorce;

3° L'acte de naissance, produit en vue du mariage, doit être *récent* (*trois mois* ou *six mois*, selon qu'il a été délivré en France ou bien dans une colonie ou un consulat, art. 70, § 2); or, d'après la loi du 17 août 1897 (art. 76 *in fine* du C. civ.), il doit porter, en marge, la mention du premier mariage (*Sup.*, n° 253).

Avec de telles précautions, la fraude devient, sinon impossible, du moins difficile.

711. IV. Délai de viduité. — Ce quatrième empêchement absolu est spécial à la femme : au cas de dissolution, par décès de son mari ou par divorce, de l'union dans laquelle elle était engagée, elle ne peut contracter un nouveau mariage qu'après l'expiration d'un délai dit *de viduité* et qui s'explique, moins par des raisons de convenance, que par la nécessité d'éviter la *confusion de part*, la *turbatio sanguinis* : il faut, un enfant venant à naître pendant la période de transition, qu'on sache à qui en attribuer la paternité, du premier ou du deuxième mari. Cet objectif limité explique que l'observation du délai ne soit imposée qu'aux femmes, non aux hommes dont le remariage, si précipité qu'il soit, ne saurait déterminer aucune confusion de part.

Ce *délai de viduité* a beaucoup préoccupé le législateur au cours des dernières années; il l'a modifié, ou du moins il en a modifié le point de départ en vue de permettre à la femme de se remarier le plus rapidement possible :

C'est la loi du 9 août 1919 qui a substitué au délai de *dix mois*, qui était celui du Code civil, le délai de *trois cents jours* (art. 228, § 1) : cette modification, pratiquement insignifiante, a eu lieu *pour ordre*, afin d'établir une concordance avec les délais de légitimité de l'article 312 qui compte par jours.

Et surtout, c'est toute une série de lois (13 juill. 1907, 9 août 1919, 9 déc. 1922, 4 fév. 1928, 19 fév. 1933) qui ont modifié le point de départ du délai; la réglementation actuelle est la suivante :

1° En cas de *décès* du mari, le délai de trois cents jours court *à dater du décès*. Mais ce délai peut être abrégé : *a*) il l'est de plein droit, en cas d'*accouchement* survenu depuis le décès; comme la confusion de part n'est plus à redouter, la veuve pourra se remarier aussitôt (art. 228, § 2, nouv. réd.); *b*) il peut l'être, en dehors de cet événement exceptionnel, par *ordonnance du président du tribunal* dans le ressort duquel le nouveau mariage doit être célébré, si ce magistrat estime que, vu les circonstances, par exemple à raison de son internement dans un asile d'aliénés, le précédent mari n'a pas dû cohabiter avec sa femme depuis trois cents jours (art. 228, § 3, ajouté par la loi du 4 fév. 1928 et compl. par la loi du 19 fév. 1933. Colmar, 17 juin 1937, *D. H.* 1937, 401);

2° En cas de *divorce*, le délai de trois cents jours court, non plus, comme autrefois, à partir de la transcription du jugement de divorce, mais à dater de l'*ordonnance* qui, au début de la procédure, a autorisé la femme à avoir une résidence séparée (art. 296, modifié par L. 4 fév. 1928),

mais à condition cependant que la transcription du jugement de divorce ait été ultérieurement effectuée.

Ici encore, des dérogations sont prévues par la loi : *a*) pour le cas d'*accouchement* survenu depuis la transcription; la femme divorcée peut se remarier aussitôt (art. 296, § 2, nouv. réd.); *b*) pour le cas où le *président du tribunal* a usé du pouvoir que lui confère l'article 228, § 3, nouvelle rédaction; *c*) pour celui où le divorce intervient sous la forme de la *conversion* d'une séparation de corps antérieurement prononcée : la femme, divorcée dans ces conditions, peut se remarier *aussitôt après la transcription* (art. 297, mod. par L. 13 juill. 1907);

3° Enfin, si le mari décède au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, ou après le jugement de séparation, la veuve peut se remarier trois cents jours après l'ordonnance qui l'avait autorisé à avoir une résidence séparée (art. 296 et 306, modifiés par L. 4 fév. 1928).

On le voit, il est difficile de se montrer plus accommodant; et nul ne saurait plus prétendre, maintenant, que le délai de viduité s'explique par des raisons de convenance.

712. Empêchements absolus qui ont disparu. — De nombreux empêchements ont été supprimés par le législateur :

L'*impuissance* qui, dans notre ancien droit, constituait un empêchement absolu, ne fait certainement plus obstacle actuellement au mariage : le silence du Code civil revêt, en ce sens, une signification très nette du fait des travaux préparatoires; d'ailleurs, la procréation n'est point le but unique du mariage (*Sup.*, n° 696).

La *mort civile* qui faisait obstacle au mariage et qui dissolvait même le mariage antérieurement contracté, a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

Les *vœux religieux*, dont on se demandait, pendant une bonne partie du siècle dernier, s'ils ne constituaient pas un empêchement absolu, ne sont d'aucune considération en la matière; déjà la Cour de cassation avait jugé ainsi le 25 janvier 1888 (*D. P.*, 1888, 1, 97); aujourd'hui, et à raison de la séparation des Eglises et de l'Etat réalisée par la loi du 9 décembre 1905, la question ne se pose même plus, puisque cette loi a abrogé celle du 18 germinal an X dont on se réclamait précisément pour soutenir que l'engagement dans les ordres faisait obstacle au mariage : il est hors de doute actuellement qu'aucune disposition de notre législation ne s'oppose au mariage civil d'un prêtre ou d'un membre d'une communauté quelconque.

§ II. — EMPÊCHEMENTS RELATIFS

713. Enumération. — Deux empêchements relatifs subsistent actuellement :

1° La *similitude de sexe*;

2° Des liens de *parenté* ou *d'alliance*.

714. I. La similitude de sexe. — L'obtacle ressort de la définition même du mariage; son appréciation soulève des difficultés plus fréquentes qu'on ne pourrait le supposer; elles relèvent du domaine de la *médecine légale*; l'homme de l'art dira si la différenciation des sexes est, dans tel cas déterminé, suffisamment accusée.

715. II. La parenté ou l'alliance. — Le mariage a toujours été prohibé entre proches parents ou proches alliés, tant pour des motifs de *convenance* que pour des raisons d'ordre *physiologique* : il ne semble pas que les enfants nés de telles unions vaillent, physiquement et intellectuellement, ceux qui sont issus de mariages entre étrangers : le sang gagne à se mélanger. Cette dernière considération ne prouve d'ailleurs rien contre les mariages entre alliés; seules, les convenances s'opposent à de telles unions.

716. Les limites. — Si le principe est accepté par tous, son application peut soulever des divergences d'appréciation; où s'arrêter dans la voie de la prohibition?

Le droit canonique, fort sévère, prohibait jadis le mariage jusqu'au septième degré, lequel correspond approximativement au quatorzième de la loi civile (*Sup.*, n° 680); le concile de Latran fixa la ligne de démarcation au quatrième degré canonique, inclus, ce qui était encore bien rigoureux.

717. Le Code civil. — Le Code civil a réagi contre cette sévérité; il résulte des articles 161 à 163 que le mariage est prohibé :

1° *Entre parents* : *a*) en ligne *directe*, indéfiniment; *b*) en ligne *collatérale*, entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu, soit jusqu'au troisième degré inclus;

2° *Entre alliés* : *a*) en ligne *directe*, indéfiniment; *b*) en ligne *collatérale*, entre beau-frère et belle-sœur, mais seulement « *lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce* » (art. 162).

718. Mariage entre beau-frère et belle-sœur. — Nous avons précédemment remarqué que la prohibition

du mariage entre beau-frère et belle-sœur n'a de sens qu'après la dissolution du premier mariage (*Sup.*, n° 686) : tant qu'un individu est marié, il ne saurait être question pour lui d'épouser la sœur de sa femme, puisque la nouvelle union serait entachée de bigamie : c'est seulement une fois le premier mariage dissous que la question de l'empêchement tiré de l'alliance peut se poser.

Cette question, le Code civil l'avait résolue par la négative; du moins, il subordonnait la validité de l'union entre beau-frère et belle-sœur à l'obtention d'une *dispense*.

Ce système a paru bien sévère; le mariage entre beau-frère et belle-sœur peut être une solution naturelle et bienfaisante : en Bretagne, il arrive parfois qu'après le décès d'un marin son frère épouse la veuve chargée de famille; d'autre part, la rigueur de la loi incitait, dans certains cas, les intéressés à vivre en concubinage; enfin, il faut savoir qu'en fait la dispense n'était presque jamais refusée; elle représentait une formalité superflue et une sorte d'impôt. Aussi un mouvement se dessina-t-il qui était favorable à la suppression de l'empêchement et, par suite, de la nécessité d'une dispense; mais, dans la réforme à effectuer, il fallait éviter un péril, celui de favoriser des relations coupables, adultères, précédemment établies du vivant même de celui ou de celle qui produisait l'alliance, et pendant la durée de la première union; péril qui apparaît particulièrement au cas où celle-ci a été dissoute par le divorce et lorsque l'époux coupable, contre qui ce divorce a été prononcé, est précisément celui qui se propose d'épouser son beau-frère ou sa belle-sœur. De là la distinction établie par la loi du 1er juillet 1914 suivant le mode de dissolution du premier mariage;

a) Si ce mariage a pris fin par le *décès* de l'un des conjoints, le survivant peut épouser son beau-frère ou sa belle-sœur, librement, sans dispense;

b) Mais s'il a été dissous par le *divorce*, un tel remariage n'est possible que moyennant une dispense, laquelle n'est accordée qu'après enquête et sera évidemment refusée si le divorce a été prononcé pour cause d'adultère aux torts et griefs du conjoint qui la sollicite (art. 162, mod. par L. 1er juill. 1914; circul. du G. des sceaux, du 2 juill. 1914).

719. Parenté et alliance naturelles. — Il résulte des articles 161 et 162 que la parenté naturelle, fait obstacle au mariage, soit entre ascendants et descendants naturels et alliés dans la même ligne (art. 161), soit entre frère et

sœur naturels (art. 162), ou entre beau-frère et belle-sœur naturels, mais seulement si le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce (même texte).

Il faut observer :

1° Qu'aucun texte ne prohibe le mariage entre oncle et nièce ou tante et neveu, dans la famille naturelle; il faut en conclure qu'une telle union serait valable, sans dispense;

2° Que l'empêchement n'existe, dans les limites prévues par la loi, qu'autant que la parenté naturelle est régulièrement, *officiellement établie*, par un acte de reconnaissance ou par un jugement; en dehors de là, la filiation naturelle est sans valeur; elle n'existe pas aux yeux de la loi. Sans doute, on aboutit ainsi à des conséquences monstrueuses : un frère pourra épouser sa sœur; un père pourra même devenir le mari de sa fille, à la condition que la filiation de celle-ci n'ait pas été officiellement établie, mais c'est là une conséquence, extrême sans doute, autant que rationnelle, de la position prise par le législateur de 1804 qui a voulu, en principe, ignorer la parenté naturelle.

720. Parenté et alliance adoptives. — Aux termes de l'article 354, le mariage est prohibé :

1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants;

2° Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et, réciproquement, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté;

3° Entre les enfants adoptifs du même individu;

4° Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant.

Ce texte, comme tous ceux qui établissent des incapacités, comporte l'*interprétation stricte*.

721. Dispenses. — Les prohibitions édictées par la loi doivent être sériées à deux points de vue :

1° Quant à leur *sanction* : nous verrons que la *nullité* du mariage indûment contracté, qui constitue la sanction essentielle de l'irrégularité commise, n'est cependant pas indistinctement encourue (*Inf.* n^os^ 786 et suiv.);

2° Quant à la *rigueur* de la défense : parfois elle est inflexible; dans d'autres de ses applications, elle peut être levée.

a) Elle est *insurmontable* en ligne directe (soit entre parents, soit entre alliés) — et entre frère et sœur;

b) Elle peut être *levée* : 1. entre beau-frère et belle-sœur, lorsque c'est le divorce qui avait rompu la première union (art. 164); 2. entre oncle et nièce, tante et neveu (même texte); 3. entre enfants adoptifs du même individu, ou

entre l'adopté et les enfants survenus à l'adoptant (art. 355).

La dispense est accordée, pour *causes graves*, par *décret* du chef de l'Etat (mêmes textes); la procédure à suivre est la même que pour obtenir une dispense d'âge; c'est donc celle qui est indiquée dans l'arrêté du 20 prairial de l'an XI.

722. Droit comparé. — Si libéral que soit le système du Code civil en matière d'empêchements tenant à la parenté ou à l'alliance, il est encore plus sévère que certains régimes étrangers : en *Allemagne*, le mariage est permis, *sans dispense*, entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, le beau-frère et la belle-sœur; en *Suisse*, il est interdit entre oncle et nièce, mais librement admis, dans tous les cas, entre beau-frère et belle-sœur.

723. III. Situation spéciale prévue dans l'ancien article 295. — *Abus du divorce.* — Des époux ont divorcé; ils peuvent se remettre en ménage régulier, l'un avec l'autre; cependant, on leur refusait cette consolation si l'un d'eux, ou tous deux, avaient, dans l'intervalle, contracté une *seconde union* suivie d'un *second divorce*. L'éventualité prévue n'est pas de tous les jours, sauf au théâtre; elle ne valait pas l'honneur d'une disposition prohibitive spéciale.

Aussi, la prohibition, déjà atténuée par une loi du 26 mars 1924, a-t-elle été abolie par celle du 4 janvier 1930 qui s'est contentée de poser ce principe qu'« *au cas de réunion d'époux divorcés, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire* ». C'était évidemment le moins que l'on pût exiger en pareille occurrence (art. 295, nouv. réd.).

§ III. — DU CONSENTEMENT DES PARENTS OU DE CERTAINES PERSONNES QUALIFIÉES

724. Nécessité d'une autorisation dans certaines éventualités. — Alors même qu'aucun empêchement ne s'oppose à la célébration d'un mariage, il est possible qu'une éventualité en tienne la conclusion en suspens; il arrive, en effet, que l'on exige certaines autorisations, soit parce que le futur époux est un *militaire* — il lui faudra alors l'autorisation de ses supérieurs — soit, ce qui nous intéresse ici, parce qu'il est trop jeune pour pouvoir prendre, à lui seul, une détermination aussi grave, parce qu'il n'a pas atteint l'*âge de la majorité matrimoniale*.

Cette exigence, qui est cependant étrangère au droit *canonique*, comme, de nos jours, au droit *soviétique*, se justifie,

et par le désir de protéger le candidat au mariage contre son inexpérience et l'entraînement de la jeunesse, et aussi par cette considération que la décision à prendre intéresse la famille tout entière, surtout la famille au sens étroit du mot (*Sup.*, n° 675) qui doit avoir, en quelque façon, voix au chapitre. Ce sont ces raisons qui font fléchir la liberté de détermination du jeune homme ou de la jeune fille lorsqu'ils n'ont pas encore atteint l'âge dit de la majorité matrimoniale.

725. La majorité matrimoniale ; évolution libérale, favorable au mariage, mais restrictive de l'autorité paternelle. — La majorité matrimoniale était fixée, par le Code civil, à 21 ans pour les filles et à 25 ans pour les garçons; encore n'était-ce là qu'une majorité imparfaite puisque, tant qu'il n'avait pas atteint l'âge de 30 ans révolus, l'enfant, bien que pouvant se marier contre le gré de ses parents, devait du moins requérir leur consentement, et, s'il ne l'obtenait pas, leur adresser des « actes respectueux » auxquels avaient succédé, depuis une loi du 21 juin 1907, de simples « notifications »; et c'est seulement après l'écoulement d'un certain délai depuis les actes respectueux ou les notifications qu'il pouvait être procédé à la célébration du mariage.

Ainsi, établissement d'une majorité matrimoniale, distincte de la majorité civile générale; adoption d'un âge qui variait suivant le sexe; répartition des enfants en trois catégories (enfants absolument incapables de se marier sans le consentement des parents jusqu'à 21 ou 25 ans suivant le sexe; enfants pleinement capables, au delà de 30 ans; enfants placés dans une catégorie intermédiaire et soumis à un régime transactionnel, majeurs de 21 ou de 25 ans, mais mineurs de 30 ans), telles étaient les directives essentielles du système du Code civil, dont la rigueur procédait à la fois du désir de protéger l'enfant contre sa propre inexpérience et de la préoccupation d'affirmer le principe de l'autorité parentale : le mariage intéresse la famille immédiate tout entière; il ne doit pas pouvoir être conclu en dehors de son agrément.

Mais, de nos jours, l'autorité paternelle a décliné en même temps que s'affaiblit la cohésion de la famille; d'autre part, il ne faut pas que, par respect pour cette autorité et cette cohésion, le législateur sème des obstacles sur la route qui conduit au mariage : la facilitation de l'accès à l'union légitime apparaît, depuis une quarantaine d'années, comme un objectif essentiellement désirable, au point de primer la plupart des autres considérations, même fort respectables. C'est dans cet esprit nouveau que sont intervenues, depuis

1896, une série de lois libérales qui ont eu pour résultat de donner progressivement du jeu au système étroitement réglementaire du Code civil (L. 20 juin 1896, 21 juin 1907, 9 août 1919, 28 avril 1922, 17 juill. 1927, 2 fév. 1933).

L'histoire de cette évolution uniforme serait, dans le détail, sans grand intérêt; il suffit de constater que, désormais et depuis la loi du 2 février 1933, venant achever la réforme ébauchée par les lois antérieures, surtout par celle du 21 juin 1907, *la majorité matrimoniale coïncide avec la majorité civile générale*; elle est donc fixée à 21 ans, sans distinction de sexe, et elle est complète : du moment que l'enfant est majeur, il n'a plus même besoin, pour se marier, de consulter officiellement ses parents; ainsi disparaît la catégorie intermédiaire ci-dessus dégagée : avant 21 ans, c'est l'incapacité complète; au delà, c'est la capacité sans restriction.

La réforme a été définitivement réalisée par la loi du 2 février 1933 qui a dû, en conséquence, modifier ou abroger différents textes : les articles 70, 75, 148, 158, 151, 154, 155, 174, 488 du Code civil, et l'article 1er paragraphe 1 de la loi du 24 juillet 1889 sur *la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*.

Ainsi, l'évolution s'est poursuivie constamment dans le sens d'une plus grande facilité; le système actuel a le mérite incontestable de la simplicité, puisqu'il fusionne la majorité matrimoniale avec la majorité générale, puisque aussi il ne distingue plus d'après le sexe et puisque enfin il ne laisse subsister, quant à la capacité de contracter mariage, que deux catégories d'enfants, les uns complètement incapables, les autres tout à fait capables; autant de simplifications appréciées de tous, notamment des employés des mairies, jadis souvent embarrassés par la complexité du système que le Code civil avait institué.

726. Plan. — Nous n'avons donc plus qu'un seul cas à envisager ici, celui où le candidat au mariage, homme ou femme, est encore mineur de 21 ans; alors un *consentement* lui est toujours nécessaire pour la réalisation de son projet; il faut savoir :

1° *Qui* a qualité pour le donner;

2° Sous quelle *forme* il intervient;

3° Quelle est la *nature juridique* de la décision — consentement ou refus — prise par les personnes qualifiées.

727. I. Personnes dont le consentement est requis pour le mariage d'un mineur. — Distinguons selon que le candidat au mariage est un *enfant légitime*, ou un *enfant*

naturel, ou un *pupille de l'Assistance publique*, ou enfin un *enfant adoptif*.

728. A. **Enfant légitime.** — Le consentement lui est donné, suivant les cas, par les *père et mère*, par les *ascendants* ou par le *conseil de famille*.

729. 1° **Consentement des parents.** — Si le mineur a encore ses auteurs ou l'un d'eux, il doit être autorisé par eux ou par le survivant (art. 148, § 1). La mère doit être consultée, même du vivant du père; si les deux auteurs de l'enfant émettent des avis différents, jusqu'à ces dernières années celui du père était prépondérant; mais une loi du 17 juillet 1927, modifiant sur ce point le Code civil et faisant prévaloir le principe de l'égalité des sexes, a décidé que le partage emporterait consentement : il suffit que le projet de mariage soit approuvé par l'un des parents, sans distinguer entre le père et la mère (art. 148, nouv. réd.).

Une série de *cas particuliers* sont à envisager :

a) L'un des parents est *mort* : le consentement de l'autre suffira (art. 149, § 1);

b) L'un des auteurs est dans l'*impossibilité de manifester sa volonté*; il est atteint de folie, il est absent ou déchu de la puissance paternelle : même solution que dans l'éventualité précédente (même texte; L. 24 juill. 1889, art. 14 mod. par L. 23 juill. 1925);

c) Les parents sont *divorcés* ou *séparés de corps* : une loi du 20 juin 1896, remaniée par une autre loi du 21 juin 1907, avait établi, pour parer à cette éventualité, dans l'article 152, un système assez compliqué qui se caractérisait par l'intervention possible du tribunal, au cas de dissentiment entre les parents : la loi du 17 juillet 1927, en mettant fin à la prépondérance de l'avis paternel, a résolu fort simplement le problème : il suffira, comme dans le cas ordinaire où les parents vivent ensemble, que l'un d'eux donne son consentement au mariage. Aussi l'article 152 a-t-il été abrogé purement et simplement par cette loi.

730. 2° **Consentement des ascendants.** — L'enfant n'a plus ses parents immédiats, ou, ce qui revient au même, ils sont dans l'impossibilité de donner leur consentement, étant absents, atteints de folie ou déchus de la puissance paternelle. La parole appartient alors aux ascendants plus éloignés, s'il en existe, conformément aux règles suivantes :

a) Dans chaque ligne, c'est l'ascendant le plus rapproché qui doit être consulté;

b) Si, dans une même ligne, il y a deux ascendants au même degré, le partage emporte consentement, sans distinction tirée du sexe;

c) Si le dissentiment se manifeste dans les rapports des deux lignes, ici encore le partage emporte consentement. (V. art. 150, § 1, modif. par L. 17 juill. 1927.)

Il résulte de ce dispositif que le consentement d'un seul ascendant suffit à rendre le mariage possible, alors que trois autres ascendants (nous supposons qu'il en existe deux dans chaque ligne), s'opposent au projet.

731. 3° **Consentement du conseil de famille.** — A défaut d'ascendants, c'est le *conseil de famille*, — et non pas le tuteur — qui a qualité pour consentir au mariage du mineur (art. 159).

732. B. **Enfant naturel.** — Il résulte de l'article 158 que les règles édictées pour l'enfant légitime sont applicables, en principe, à l'enfant naturel : nécessité de consulter la mère, interprétation du dissentiment dans le sens du consentement.

Mais il y a lieu de noter des particularités :

1° Si l'enfant naturel n'a été reconnu que par un de ses auteurs, d'une façon plus générale, si sa filiation n'a été régulièrement établie que par rapport à l'un d'eux, c'est celui-là qui sera seul consulté et dont l'avis sera décisif (art. 158, § 1);

2° L'enfant naturel n'a pas d'autres ascendants que ses père et mère (*Inf.*, n° 1176); il ne saurait donc être question pour lui du consentement de ses aïeuls; et, en effet, l'article 158 ne se réfère pas à l'article 150 qui réglemente, pour les enfants légitimes, le consentement des ascendants;

3° A défaut de ses parents, l'enfant naturel devait être autorisé, d'après le Code civil, par un tuteur *ad hoc* (anc. art. 159); la loi du 21 juin 1907 a rétabli l'assimilation avec l'enfant légitime en exigeant l'autorisation du conseil de famille. Après quoi, une autre loi du 2 juillet 1907 supprima le conseil de famille des enfants naturels et confia au tribunal les attributions qui lui étaient jadis réservées; c'est donc, en définitive, le tribunal qui est qualifié pour donner le consentement requis; la solution est certaine depuis qu'une autre loi, celle du 10 mars 1913, remaniant encore l'article 159, a visé expressément le conseil de famille prévu à l'article 389, § 13, c'est-à-dire *le tribunal civil* dont l'intervention a malheureusement le double inconvénient d'être coûteuse et de révéler à tous la filiation irrégulière de l'enfant.

En *Alsace* et en *Lorraine*, c'est le *tuteur* qui a qualité pour autoriser le mariage de l'enfant naturel.

733. C. **Pupille de l'Assistance publique.** — Ce sont le tuteur et le conseil de famille qui doivent donner leur consentement; il semble bien que ce double agrément soit exigé (L. 27 juin 1904, art. 13).

Si l'enfant a été confié par l'Assistance publique à une personne ou à un établissement charitable, le droit au consentement est transmis à cette personne ou à cet établissement (L. 24 juill. 1889, art. 17).

734. D. **Enfants adoptifs.** — La loi du 19 juin 1923 a conféré au *seul adoptant* le droit de consentir au mariage de l'adopté mineur (art. 352, § 1, nouv. réd.); dans le cas exceptionnel où l'enfant a été adopté par deux époux (art. 346), en cas de dissentiment entre l'adoptant et l'adoptante, le partage emportera consentement (art. 352, complété par L. 17 juill. 1927).

735. Preuve du décès ou de la disparition des parents ou ascendants. — La loi du 7 février 1924 a facilité cette preuve en instituant un régime qui est venu se substituer à ceux du Code civil et de la loi du 10 mars 1913.

1° Existe-t-il encore un parent ou un ascendant qualifié pour consentir au mariage? On distingue alors entre le cas de décès allégué et celui de disparition :

a) Si c'est le *décès* qui est allégué, il n'est pas besoin de produire un acte de décès; il suffit que le décès soit attesté sous serment à l'officier de l'état civil par le parent survivant ou par ses père et mère (art. 149);

b) S'il y a eu *disparition*, l'attestation sous serment doit émaner à la fois du parent ou ascendant qui consent au mariage et du mineur lui-même (art. 149, § 3);

2° Il n'existe plus d'ascendants qualifiés pour consentir au mariage. La preuve de la disparition est faite par le seul serment du mineur, lequel doit être prêté en ce cas, non devant l'officier de l'état civil, mais devant le juge de paix de sa résidence assisté de son greffier (art. 160, § 1, nouv. réd.).

735*bis*. Constatation officielle d'un dissentiment entre les personnes qualifiées pour donner leur consentement. — La loi institue des modes de constatation du dissentiment qui peut exister, soit entre les père et mère, soit entre aïeuls de la même ligne ou des deux lignes. D'après

les articles 154 et 155, modifiés par les lois du 2 février 1933 et du 4 février 1934, ce dissentiment sera constaté ou par l'envoi d'une notification effectuée, par l'intermédiaire d'un notaire, à la personne dont le consentement n'est pas encore obtenu, ou par une lettre dont la signature est légalisée et qui est adressée à l'officier de l'état civil devant célébrer le mariage, ou encore par un acte dressé dans la forme prévue par l'article 73, § 2.

736. Enfant naturel. — Les dispositions précédentes sont applicables, *mutatis mutandis*, aux enfants naturels : le *juge de paix* doit notifier le serment prêté au tribunal à qui incombe le soin de donner l'autorisation (art. 160, § 2).

737. II. Forme à laquelle est soumise le consentement. — En principe, le consentement doit être donné au mineur, *oralement*, lors de la célébration du mariage et en réponse à la question que l'officier de l'état civil adresse aux personnes qualifiées : « Consentez-vous au mariage? »

Mais il fallait bien prévoir le cas où la personne qualifiée serait malade ou éloignée, et aussi celui où le consentement doit émaner du conseil de famille dont on ne peut cependant pas contraindre tous les membres à se transporter, en corps, dans la salle de la mairie. Aussi, le consentement peut-il être donné *par écrit*, donc à l'avance, et il cesse alors d'être une *assistance* pour devenir une simple *autorisation*.

L'écrit rédigé à cet effet doit revêtir certaines formes déterminées; il est dressé :

1° Soit par un *notaire* (art. 73, § 2);

2° Soit par l'*officier de l'état civil du domicile* ou de la *résidence* de l'ascendant qui autorise (même texte);

3° Soit, à l'étranger, par les *agents diplomatiques* ou *consulaires* français (même texte);

4° Enfin, l'autorisation du *conseil de famille* est constatée par une expédition de la *délibération* tenue à cet effet sous la présidence du juge de paix; ladite expédition est délivrée par le greffier. (Solution contenue implicitement dans l'art. 73, § 2 : « *Hors le cas prévu par l'art.* 159... »)

738. Spécialité. — Dans tous les cas, l'autorisation doit être spéciale; elle est donnée en vue d'un mariage déterminé, avec telle personne, et *elle doit être maintenue jusqu'au jour du mariage*.

Nous arrivons ainsi à nous demander quelle est la nature de la décision — consentement ou refus — prise par les personnes qualifiées.

739. III. **Nature juridique de la décision prise par les personnes qualifiées.**

Cette décision peut être un *consentement* ou un *refus*.

1° *Consentement.* — Il présente les deux caractères déjà soulignés de la *spécialité* et de la *précarité* : jusqu'au mariage, il peut être retiré par celui qui l'avait donné, et il devient *caduc* par son prédécès : jusqu'au moment de la célébration, l'autorisation ne vaut que comme une *promesse* de consentement, promesse *révocable* et exposée à la *caducité* à raison du prédécès de l'ascendant ou de la survenance de son incapacité;

2° *Refus.* — Le refus est *péremptoire*, *insurmontable*; la résistance de l'ascendant ou du conseil de famille ne saurait être brisée par l'autorité judiciaire; à cette règle, une exception unique a été apportée par la loi du 24 juillet 1889, art. 17, § 2 : lorsqu'un enfant a été confié à l'*Assistance publique* sans que cependant les parents aient été déchus du droit de consentir au mariage, le refus qu'ils opposent peut être surmonté par le tribunal, devant lequel ils seront cités par les soins de l'Assistance publique et qui annulera ou refusera l'autorisation, en chambre de conseil, les parents entendus ou dûment appelés.

En dehors de ce cas exceptionnel, le refus ne comporte pas de remède; il en était autrement dans notre ancien droit (Pothier, *Traité du mariage*, n° 332), et le recours à l'autorité judiciaire est admis par certaines législations étrangères actuelles (C. civ. *italien*, art. 67; C. civ. *allemand*, art. 1304 et 1308).

740. 3° **Retrait de l'autorisation. Abus du droit de rétractation.** — Ce retrait, survenu avant la célébration, est susceptible de causer aux candidats au mariage, une déception et même un préjudice d'ordre matériel, les dispositions prises et les frais avancés en vue de l'union devenant désormais sans objet, au moins jusqu'au jour où, parvenu à la majorité, le fiancé ou la fiancée pourront se passer de tout consentement. Aussi, décide-t-on en général que l'exercice de ce droit de rétractation ne peut avoir lieu impunément qu'autant qu'il est *justifié* par des *motifs légitimes*; sinon, s'il est inspiré par la malveillance ou s'il est le résultat d'un simple caprice, d'une saute d'idées inexplicable, il devient *abusif* et il est susceptible, comme tel, d'engager la responsabilité de celui qui s'y livre; sans doute, son refus ne peut pas être surmonté; mais il l'expose, envers les victimes, à une condamnation à des dommages-intérêts. (V. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, n°s 73

à 75; Lyon, 23 janvier 1907, *D. P.*, 1908, 2, 73; *S.*, 1909, 2, 310).

Section II. — FORMALITÉS. PROCÉDURE DU MARIAGE

741. Plan. — Cette procédure comporte trois étapes :
1° Les *fiançailles*;
2° Certaines *formalités antérieures* à l'union;
3° La *célébration* même.

§ I. — LES FIANÇAILLES

742. Sens et nécessité des fiançailles. — Les *fiançailles* consistent dans une *promesse réciproque de mariage* : les fiancés, les « promis » s'engagent à se prendre pour mari et femme, à comparaître devant l'officier de l'état civil qui proclamera leur union.

On ne conçoit pas de mariage sans fiançailles, c'est-à-dire sans projet, sans promesse préalables; par la force même des choses, un certain délai s'écoule entre le moment où l'entente est intervenue, et celui où elle reçoit la consécration officielle.

743. Nature juridique et valeur des fiançailles. — Traditionnellement, la promesse de mariage a la valeur d'un contrat productif d'obligations de faire; son inexécution est donc susceptible de provoquer une condamnation à des dommages-intérêts à la charge du fiancé qui se désiste et au profit de celui qui est victime de ce désistement : le droit canonique, comme notre ancienne jurisprudence, considéraient les fiançailles sous cet angle juridique, comme aussi plusieurs législations modernes (C. civ. *allemand*, art. 1297 et suiv.; C. civ. *suisse*, art. 90 et suiv.).

Notre Code civil français ne dit pas un mot à ce sujet; il semble bien que son silence ne puisse être considéré comme impliquant l'abandon d'une longue tradition; et, en effet, notre jurisprudence se montra d'abord favorable, comme aussi les commentateurs, au *caractère obligatoire* des fiançailles. Mais une évolution se produisit avec un arrêt de la Cour de cassation de 1838 (Civ., 11 juin 1838, Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *mariage*, n° 90), et, depuis cette époque, il est couramment admis que la promesse de mariage est sans valeur obligatoire (Req., 16 janvier 1877, *D. P.*, 1877, 1, 85, rapport Onofrio; 12 novembre 1901, *D. P.*, 1902, 1, 46) : il n'en résulterait ni obligation *civile*, ni même obligation

naturelle, mais un simple devoir de conscience; la rupture n'exposerait donc son auteur à aucune responsabilité.

Du moins, dans le *domaine contractuel*; car il est admis, en jurisprudence comme en doctrine, que la victime a droit à des dommages-intérêts si l'auteur du désistement a commis, en se retirant, une *faute délictuelle*, s'il a agi de façon dolosive ou intempestive; sa responsabilité est alors engagée en vertu des art. 1382 et 1383, *délictuellement* et non *contractuellement*, puisque, pour la jurisprudence, il n'y avait point de contrat (arrêt précité du 12 novembre 1901; Riom, 12 juin 1934, *D. H.*, 1934, 549).

744. — Le système ainsi aménagé prête à la critique; de deux choses l'une, ou la promesse de mariage est sans valeur obligatoire, et alors on ne comprend pas que son inexécution puisse jamais être génératrice de responsabilité; ou bien l'auteur de la rupture peut être déclaré responsable du préjudice causé, et alors c'est qu'il était engagé, par la promesse, au moins dans une certaine mesure. La contradiction du système jurisprudentiel éclate avec une évidence toute particulière lorsqu'il s'agit de déterminer le régime de la preuve applicable en notre matière : la Cour de cassation n'admet pas que l'existence de la promesse de mariage, sur laquelle est basée la demande en dommages-intérêts formée par le fiancé prétendument délaissé, puisse être établie par témoins; mais, faisant intervenir ici les articles 1341 et suivants, elle exige, au-dessus de 150 francs (actuellement 750 francs), la production d'un écrit, ou, du moins, elle subordonne l'admission de la preuve par témoins à l'existence d'un commencement de preuve par écrit (Civ., 2 déc. 1907, *D. P.*, 1908, 1, 201. Req., 10 fév. 1909, *D. P.*, 1909, 1, 157, *S.*, 1909, 1, 153); ce qui revient à dire qu'elle envisage alors la promesse de mariage en tant que contrat, tandis que, d'autre part, elle ne lui reconnaît, en principe, aucune force obligatoire, donc aucune valeur contractuelle.

En réalité, la jurisprudence, lorsqu'elle dénie toute force obligatoire aux fiançailles, se préoccupe d'assurer la *liberté du consentement* lors de la célébration du mariage; il faut que, au moment où les futurs époux se présentent devant l'officier de l'état civil, la situation soit entière. Mais, pour satisfaire à cette objection qui, d'ailleurs, ne contient qu'une part de vérité, il suffirait de considérer que la promesse de mariage est un de ces contrats, qui, comme par exemple le louage de services à durée indéterminée, comportent la résiliation unilatérale, mais avec cette réserve que l'auteur de la rupture engage sa responsabilité s'il se retire *sans juste*

motif; il commet alors un *abus du droit de résiliation unilatérale* dont la contre-partie peut lui demander raison (C. civ., art. 1780; *inf.*, t. II, n° 1279). Comp. sur ce point et en ce sens les dispositions du Code civil suisse, art. 92 à 95. Voy. aussi : L. JOSSERAND, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles, D. H. chron.*, 1927, p. 21; GÉNY, *La protection juridique de la femme contre la séduction, Semaine sociale* de Nancy de 1927.

Sur les fiançailles en *droit comparé*, voy. la thèse de M. Pierre COLIN, Paris, 1921.

§ II. — FORMALITÉS ET INCIDENTS ANTÉRIEURS À L'UNION

745. Enumération. — Il faut signaler :

1° La *publication*;

2° Les *oppositions*;

3° La *production* de certaines pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil.

746. Abolition de la procédure des notifications. — Autrefois, le majeur de 21 ans qui voulait se marier devait, s'il était mineur de 25 ans (une loi du 28 avril 1922 avait substitué cet âge à celui de 30 ans auquel s'était arrêté le Code civil), et s'il avait encore ses auteurs ou l'un d'eux, justifier de leur consentement; sinon, il était tenu de leur faire notifier son projet d'union, par un notaire, et le mariage ne pouvait être célébré qu'à l'expiration d'un délai de quinzaine depuis la notification.

Ce régime a été aboli par la loi du 2 février 1933 qui a fait coïncider exactement et pleinement la majorité matrimoniale avec la majorité de droit commun (*Sup.*, n° 725); en conséquence, cette même loi a abrogé tous les textes se référant à la procédure des notifications.

747. I. La publication. Sa raison d'être et ses inconvénients. — La *publication* a pour but de porter à la connaissance du *public* le projet de mariage, afin que les empêchements qui feraient obstacle à sa réalisation soient signalés à l'officier de l'état civil : elle tend ainsi à provoquer des *oppositions*, soit officielles, soit officieuses.

Au regard de cet avantage, la publication présente un inconvénient qui en est la rançon : elle retarde la célébration du mariage.

On s'est efforcé, dans ces dernières années, de réduire cet inconvénient au minimum, et cela afin de favoriser le

mariage, de le rendre aussi facile que possible : à ce point de vue, comme à tant d'autres, l'historique du sujet est une abolition continue et progressive de la procédure ancienne.

748. Formes de publication. — D'*orale* qu'elle était d'après le Code civil, la publication est devenue *écrite* : depuis la loi du 21 juin 1907, qui n'a d'ailleurs fait que régulariser une pratique antérieure, elle se réalise par voie d'*affiche* à la *porte de la mairie*.

L'affiche doit énoncer « *les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré* » (art. 63, § 2, mod. par L. 8 avril 1927), mais non plus les noms, prénoms, etc., des père et mère, afin que la filiation naturelle des futurs conjoints ou de l'un d'eux ne soit pas étalée au grand jour.

La publication doit être *transcrite* sur un registre tenu à la mairie et déposé, à la fin de l'année, au greffe du tribunal (art. 63, § 3).

749. Durée de l'affichage. — L'affichage doit être maintenu pendant un délai de *dix jours*, non compris le jour initial (art. 64).

Dans le système de 1907, il devait nécessairement comprendre deux dimanches; le législateur a pensé que cette exigence était excessive : une loi du 9 août 1919 l'a supprimée.

750. Commune où doit être effectuée la publication. — La publication doit avoir lieu :

1° Dans toutes les communes où le mariage peut être célébré (art. 166) ; or, nous le verrons, il peut arriver que ces communes soient au nombre de quatre;

2° Si le domicile ou la résidence actuels n'ont pas une durée continue de six mois, la publication doit être faite, en outre, au lieu du *dernier domicile*, sinon à celui de la *dernière résidence*, sinon, et en plus, à celui de la *naissance* (art. 167) ;

3° Si les futurs époux sont *mineurs*, une publication supplémentaire est requise à la mairie du domicile des *ascendants* dont le consentement est requis pour le mariage (art. 168). Cette formalité ne concerne pas les mineurs qui se marient avec l'autorisation du conseil de famille.

751. Dispenses possibles. — Aux termes de l'article 169, modifié par la loi du 21 juin 1907, puis par celle du 8 avril 1927, le procureur de la République peut, pour

causes graves, dispenser les futurs époux, soit de l'observation du délai de dix jours, soit même de la publication et de tout délai; la cause grave sera notamment un danger de mort d'un des futurs époux ou l'imminence de l'accouchement de la future épouse.

751*bis*. Mariage à l'étranger. — Lorsqu'un Français se marie à l'étranger, en observant les formes locales, la loi exige que le projet de mariage soit publié en France, conformément aux règles du Code civil (art. 170, § 1) : la publication doit être effectuée au lieu du dernier domicile ou de la dernière résidence, sinon au lieu de la naissance.

752. II. Les oppositions. — *Idée générale; oppositions régulières et avis officieux.* — La publication a fait connaître le projet de mariage; par là même, elle est de nature à susciter des oppositions, c'est-à-dire une *défense* faite à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration, ou, du moins, une *recommandation* de ne point y procéder : on lui signale l'obstacle.

A cet égard, il convient de distinguer soigneusement le simple *avis officieux* de l'*opposition officielle* : le premier qui peut intervenir sous une forme quelconque — lettre, signée ou non, conversation, propos, — la deuxième qui doit revêtir une forme déterminée; l'un qui peut émaner d'une personne quelconque, tandis que l'autre est réservée à certaines initiatives; le premier qui est dépourvu d'effets obligatoires, la seconde qui met l'officier de l'état civil dans l'obligation de surseoir à la célébration du mariage jusqu'à ce que la justice ait statué.

753. Précédents. — Dans notre ancien droit, la différence entre les deux catégories d'oppositions était bien moins tranchée qu'elle ne l'est de nos jours; l'opposition réglementaire pouvait être pratiquée par toute personne et pour un motif quelconque, par un envieux, un prétendant évincé et sous des prétextes futiles. Cette confusion provoqua de tels abus que le législateur du droit intermédiaire (L. 20 septembre 1792), puis les rédacteurs du Code civil s'efforcèrent de distinguer les avis officieux des oppositions proprement dites. Leur tentative devait, pour partie tout au moins, demeurer infructueuse, en ce qui concerne les *effets* de l'opposition : en fait, l'officier de l'état civil, encore qu'il ne soit touché que par un avis officieux, s'abstient volontiers de procéder à la célébration, désireux qu'il se montre d'abriter sa responsabilité, laquelle pourrait être mise en jeu s'il

passait outre à un empêchement effectif (art. 156 et 157; C. pén., art. 193, 194, 340). Seuls, les avis ridicules, manifestement inexacts, ou encore ceux qui n'ont aucune portée juridique, demeurent inopérants; mais, malgré tout, le législateur de 1804 a été bien inspiré en s'efforçant de distinguer l'avis officieux de l'opposition officielle : ce n'est pas sa faute si les faits sont parfois plus forts que les principes et si de nombreux officiers de l'état civil, dans l'ignorance où ils se trouvent des règles juridiques, attribuent la même importance à un simulacre qu'à une réalité et égalent ainsi la contrefaçon au modèle légal.

754. Plan. — Nous rechercherons :
1° *Qui* peut faire opposition;
2° Dans quelles *formes*;
3° Quels sont les *effets* de l'opposition, régulièrement ou irrégulièrement pratiquée.

755. A. Personnes ayant qualité pour former une opposition. — Le Code civil cite : les *ascendants*, le *conjoint*, certains *collatéraux*, le *tuteur*, ou le *curateur*; la jurisprudence ajoute le *ministère public*. Les *alliés* restent en dehors de la liste.

Cette énumération évoque en réalité trois groupes distincts de personnes ayant qualité pour agir :

756. Premier groupe. — Les *ascendants* : ils méritent d'être rangés dans une catégorie spéciale parce qu'ils sont admis à faire opposition au mariage pour un motif quelconque, à condition, bien entendu, que le motif allégué soit légitime, c'est-à-dire qu'il corresponde à un des empêchements énumérés par la loi : l'opposant ne saurait étayer sa requête par exemple sur des raisons d'intérêt ni même de santé (sauf pour cause de démence); mais, sous le bénéfice de cette réserve, il a le champ libre; l'article 173 ne contient aucune restriction particulière, et l'article 176 (nouvelle rédaction) exige seulement que l'acte d'opposition mentionne les motifs de l'opposition et le texte de loi sur lequel elle est étayée.

757. Ordre établi. — Dans le système actuel, tel qu'il ressort de l'article 173, modifié par une loi du 9 août 1919, le droit de faire opposition appartient d'abord aux père et mère, légitimes ou naturels, *cumulativement*, en sorte que la mère peut intervenir encore que le père, qui est présent et capable, laisserait les événements s'accomplir. Puis, *à*

défaut des père et mère — c'est-à-dire s'ils sont décédés, ou absents, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté — le droit passe aux ascendants légitimes plus éloignés, à qui il appartient *cumulativement*, mais seulement *à égalité de degré*, les ascendants du troisième degré ne pouvant agir qu'à défaut d'ascendants au deuxième degré : il s'opère ainsi, bien que la loi ne s'en explique pas (art. 173), une dévolution de degré à degré.

Cette dévolution trouve d'ailleurs une limite dans une autre règle d'après laquelle le droit d'opposition ne peut être exercé qu'*une seule fois* par les ascendants : après la main-levée judiciaire sur examen du fond de l'affaire, aucune autre opposition ne peut désormais être pratiquée par un ascendant, *fût-ce pour un motif autre que celui qui avait motivé la première et unique intervention* : c'est ainsi qu'on interprète couramment le deuxième alinéa de l'article 173, ajouté par la loi du 9 août 1919 (*Inf.*, n° 768).

758. Remarque. — Le droit d'opposition des ascendants ne constitue pas un attribut de la puissance paternelle; la preuve en est qu'il est conféré aux ascendants du deuxième et du troisième degré, lesquels ne sont point investis de cette puissance, au moins dans sa plénitude (*inf.*, n° 1085); il semble donc que la *déchéance* encourue par le père ne le prive pas de la faculté de s'opposer au mariage de son enfant.

759. Deuxième groupe. — Il comprend les personnes dont l'opposition ne peut être formulée que pour des motifs précis et *limités*.

1° Le *conjoint* de l'un des futurs époux : son opposition ne saurait être tirée que de l'existence du lien dans lequel l'un des candidats au mariage se trouve déjà engagé avec le plaignant; celui-ci dénoncera la tentative de bigamie dont il est la victime (art. 172).

760. — 2° *Certains collatéraux* : le *frère* ou la *sœur*, l'*oncle* ou la *tante*, le *cousin* ou la *cousine germains* (art. 174); mais non pas les neveux et nièces, lesquels manqueraient de déférence en s'opposant à l'union de leur oncle ou tante.

A ces collatéraux, le droit de faire opposition appartient *concurremment*, sans hiérarchie aucune, mais il faut observer :

a) Qu'ils ne peuvent agir qu'à *défaut d'ascendants* (art. 174);

b) Et seulement s'ils sont *majeurs* (même texte);

c) Enfin que leur opposition doit être basée sur l'un des deux motifs suivants : 1° le *consentement du conseil de famille*, requis par l'article 159, n'a pas été obtenu; 2° le futur conjoint est en *état de démence*.

Le premier cas est peu pratique : si le consentement du conseil de famille fait défaut, il faut croire que l'officier de l'état civil s'en apercevra et qu'il surseoira, d'office, à la célébration.

Le deuxième cas est plus intéressant : l'opposition ne sera reçue « *qu'à la charge, pour l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement* » art. 174 — 2°); il résulte de là, comme nous l'avons relevé (*Sup.*, n° 703), que l'interdit devient incapable de se marier, sans quoi on ne s'expliquerait pas l'obligation imposée à l'opposant de le faire mettre en état d'interdiction;

3° Le *tuteur* ou le *curateur* de l'un des futurs conjoints ont le droit de faire opposition concurremment avec les collatéraux ci-dessus mentionnés (art. 175), mais il faut noter :

a) Qu'ils ne peuvent agir qu'en se basant sur l'un des deux motifs prévus pour l'opposition des collatéraux : défaut de consentement du conseil de famille ou démence (même texte);

b) Qu'ils doivent, au préalable, avoir obtenu à cet effet l'autorisation du conseil de famille (même texte).

761. Troisième groupe. — La jurisprudence estime que le *ministère public* est qualifié pour former opposition à un mariage; elle base son opinion et sur l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire qui charge le ministère public de poursuivre l'exécution des lois dans toutes celles de leurs dispositions qui intéressent l'ordre public, et sur cette constatation que le procureur de la République peut poursuivre la nullité de certains mariages, ce qui semble bien impliquer le droit pour lui de faire opposition, car mieux vaut prévenir que sévir (Req., 28 nov. 1877, *S.*, 1878, I, 330, *D. P.*, 1878, I, 209). Ces arguments ne sont pas sans réplique; mais la question est de peu d'importance pratique : en fait, si le procureur de la République a connaissance d'un empêchement, il le signalera à l'officier de l'état civil, non par voie d'opposition régulière, mais par un simple avis dont il sera tenu compte d'autant plus sûrement qu'il émanera d'une autorité exerçant un contrôle hiérarchique sur l'état civil et sur les officiers à qui il a été confié.

762. B. **Formes de l'opposition.** — L'opposition se forme par *acte extra-judiciaire*, c'est-à-dire par *exploit d'huissier* (art. 66 et 176).

On doit trouver dans cet acte instrumentaire :

1° La *qualité* en laquelle agit l'opposant;

2° Les *motifs* de l'opposition, et cela même dans le cas où elle émanerait d'un ascendant; l'immunité dont jouissait auparavant cette catégorie, a été supprimée par la loi du 8 avril 1927 : toute opposition doit être *causée* (art. 176);

3° Le *texte de loi* sur lequel est fondée l'opposition (même texte);

4° Une *élection de domicile* faite par l'opposant dans la commune où le mariage doit être célébré; de cette façon, le défendeur n'aura pas besoin de se déplacer pour présenter sa défense (même texte);

5° La *signature* de l'opposant ou de son fondé de pouvoir muni d'une procuration spéciale et authentique (art. 66).

763. Signification. — L'acte d'opposition doit être signifié :

1° Aux *parties*, c'est-à-dire aux deux futurs époux (art. 66);

2° A l'*officier de l'état civil; à un seul* (art. 66) : sans doute, plusieurs officiers peuvent être compétents pour la célébration du mariage; mais chacun d'eux doit transmettre au célébrant un certificat de non-opposition (art. 69); de toute façon, le renseignement parviendra donc à son adresse.

764. Visa et mention. — L'officier de l'état civil qui reçoit une opposition doit apposer son *visa* sur l'original (art. 66); il doit en faire *mention* sur le registre des publications (art. 67) ainsi que dans l'acte de célébration du mariage, si, un jugement de mainlevée étant intervenu, l'union est ensuite célébrée (art. 76).

765. Sanctions. — Les règles de forme prescrites par la loi doivent être observées à peine de nullité (art. 176) — sauf celles qui concernent les mentions à effectuer par l'officier de l'état civil. De plus, la responsabilité de l'*huissier* peut être engagée par l'irrégularité d'une opposition : l'article 176 prévoit même l'*interdiction* de cet officier ministériel.

766. C. **Effets d'une opposition, régulière ou irrégulière.**

1° *Opposition régulière.* Elle produit toute une série d'effets successifs :

a) Elle oblige l'officier de l'état civil à surseoir à la célébration, aussi longtemps qu'elle n'aura pas été levée, *volontairement* ou *judiciairement*, sans qu'il lui soit permis de se faire juge de l'opposition *quant au fond* (art. 68). Les sanctions sont sévères : s'il passe outre, s'il célèbre le mariage nonobstant une opposition régulière en la forme, il encourt une amende de *trois cents francs* et des dommages-intérêts (même texte). On peut donc dire que l'opposition régulière constitue, par elle-même, un *empêchement prohibitif* au mariage : elle produit un *effet suspensif*.

Cet effet suspensif va-t-il persister indéfiniment? Oui, d'après le Code civil, dont le système rigide soulevait des objections : on ne pouvait songer à obliger l'officier de l'état civil à conserver la trace d'oppositions remontant très haut dans le passé; et puis l'opinion publique et la tendance législative, par cela même qu'elles devenaient toujours plus favorables à la facilitation du mariage, devenaient du même coup de plus en plus hostiles aux oppositions. De là les dispositions de la loi du 15 mars 1933 ajoutant un deuxième alinéa à l'article 176 : « *Après une année révolue, l'acte d'opposition cesse de produire effet. Il peut être renouvelé, sauf dans le cas visé par le deuxième alinéa de l'article 173 ci-dessus* »; c'est-à-dire sauf dans le cas où il y aurait eu mainlevée judiciaire de l'opposition. En d'autres termes, l'écoulement du délai d'une année vaut, comme il a été dit au cours des travaux préparatoires de cette loi, mainlevée amiable.

767. — *b*) Si l'opposition est évidemment fondée, les choses en resteront là vraisemblablement; le mariage ne sera pas célébré. Si, au contraire, elle est injustifiée au fond, ou si le mérite en est discutable, il appartient au futur conjoint, peut-être aussi à l'autre partie (*Contra*, Rennes, 26 déc. 1927, *Gaz. Pal.*, 1928, I, 147), d'en demander la *mainlevée* au tribunal; il peut saisir, à son gré, lui-même, sans autorisation et *fût-il mineur* (art. 177 mod. par L. 15 mars 1933), soit, sauf contestation, le tribunal du domicile réel de l'opposant, soit certainement celui du domicile que ce dernier a *élu* dans l'acte d'opposition (Req., 5 juillet 1859, *D. P.*, 1859, I, 316). Le vœu du législateur est que l'affaire soit jugée rapidement; aussi la dispense-t-il de la formalité du préliminaire de conciliation (C. pr., art. 49), et le tribunal doit statuer dans un délai de *dix jours* (C. civ., art. 177); si un appel est formé, la même diligence est enjointe aux juges du second degré qui sont tenus, eux aussi, de statuer dans les dix jours, et cela même *d'office*, du moins

dans le cas où les premiers juges avaient donné mainlevée de l'opposition; ainsi, l'appelant, qui est l'opposant, ne pourra pas faire de la procédure; alors même que son avoué ne prendrait pas l'initiative de la mise au rôle, la Cour statuera, et *proprio motu* (art. 178, mod. par L. du 15 mars 1933); enfin, si l'opposant fait défaut, la décision qui a rejeté l'opposition ne peut pas être frappée d'opposition : malgré la défaillance de l'opposant, elle est traitée comme une décision contradictoire (art. 179, § 2).

En somme, toutes dispositions sont prises pour que l'obstacle provenant de l'opposition soit levé aussi rapidement, aussi facilement que possible; la loi, notamment celle du 15 mars 1933, vient au secours des époux en émoussant l'arme dirigée contre eux; conformément à la tendance contemporaine, l'accès du mariage se trouve facilité par le législateur.

768. c) **Rôle et décision du tribunal.** — Il examine d'abord si l'opposition est régulière en la *forme*, puis, en cas d'affirmative, si elle est justifiée quant au *fond* : il recherche, par exemple, si le futur conjoint est vraiment atteint d'aliénation mentale, ou s'il est uni à sa fiancée par un lien de parenté ou d'alliance faisant obstacle au mariage : c'est à l'opposant qu'il appartiendra d'établir le bien-fondé de ses allégations.

1. S'il y parvient, le tribunal rejettera la demande de mainlevée : le mariage deviendra décidément impossible;

2. Si, au contraire, l'opposant ne parvient pas à justifier son opposition, le tribunal rend un *jugement de mainlevée*, dont les conséquences sont nombreuses et importantes. D'une part, l'opposition ne peut pas être renouvelée, même par une autre personne (à moins cependant que la demande n'ait été repoussée pour simple *vice de forme*, auquel cas il n'y a pas chose jugée quant au fond); d'autre part, la célébration du mariage devient immédiatement possible, puisque l'obstacle a été levé, sauf cependant la nécessité d'attendre l'expiration du délai d'appel; enfin, l'opposant malencontreux peut parfois être condamné à des dommages-intérêts.

769. Dommages-intérêts. — En effet, aux termes de l'article 179, § 1, « *si l'opposition est rejetée, les opposants, autres que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts* ». Il ne s'agit pas là de la condamnation aux dépens (art. 130, C. pr.), mais bien d'une condamnation supplémentaire à des dommages-intérêts basés sur la

faute commise par l'opposant et sur le préjudice qui en est résulté pour les époux, faute qui consiste plus précisément dans l'*abus* fait d'une voie de droit; la disposition se rattache ainsi à la théorie plus ample de l'*abus des droits*; nous ne devons user des prérogatives qui nous appartiennent qu'à condition de rester dans l'esprit de l'institution et d'agir à bon escient. (Voyez L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité.*)

Il est cependant une catégorie d'opposants qui, aux termes même de l'article 179, jouissent, à cet égard, d'une immunité particulière : ce sont les ascendants; même si leur opposition était injustifiée, même si son caractère purement dilatoire est manifeste, ils ne s'exposent pas à des dommages-intérêts. Pour eux, le droit d'opposition est un droit *absolu*, un droit abstrait, dont ils peuvent faire impunément un mauvais usage. On pourrait cependant se demander si cette immunité n'a pas pris fin du fait de la loi du 8 avril 1927 qui, modifiant l'article 176, impose aux ascendants eux-mêmes l'obligation de *motiver* leur opposition; mais il ne semble pas que le législateur ait entendu attacher cette signification à sa réforme; en tout cas, il n'a aucunement modifié la teneur de l'article 179, § 1, qui reste, en pareille matière, le texte fondamental; le résultat est assez étrange; le droit de l'ascendant devenu causé en fait, en apparence, demeure non causé dans son essence profonde : le *moyen prétexté* continue à justifier la *fin*, quelle qu'elle soit en réalité. (L. Josserand, *op. cit.*, n° 306.)

770. — 2° *Opposition irrégulière en la forme.* — L'opposition émane d'une personne non qualifiée; ou bien l'acte n'indique point de motif, ou une irrégularité a été commise dans la procédure : quelle est alors la situation? Que devra faire l'officier de l'état civil en semblable occurrence?

En fait, il s'abstiendra volontiers, préférant laisser au tribunal la responsabilité de la décision à prendre;

Mais, en droit, il n'est pas fondé à adopter cette attitude prudente :

1° Parce que le législateur de 1804 a voulu réagir contre les abus de l'ancien système qui faisait produire effet à toute opposition, sans distinction de provenance, ni de forme; son objectif est manqué si l'officier de l'état civil se laisse arrêter par le moindre incident : à quoi bon tracer des règles strictes à peine de nullité; à quoi bon canaliser les oppositions, si le moindre avis informe produit les mêmes conséquences qu'un acte régulier?

2° D'ailleurs, le législateur de l'époque intermédiaire s'en

était formellement expliqué; la loi du 20 septembre 1792 déclarait que « *toutes oppositions formées hors les cas, les formes et par toutes personnes autres que celles ci-dessus désignées seront regardées comme non avenues et l'officier public pourra passer outre à la célébration du mariage* ». Sans doute, cette formule n'a pas été reproduite dans le Code civil; mais celui-ci a été rédigé, sans conteste, dans l'esprit du droit intermédiaire et en réaction des abus de l'ancien régime.

Nous concluons que l'officier de l'état civil engage sa responsabilité, non pas en passant outre à une opposition évidemment irrégulière en la forme, mais en en tenant compte et en différant le mariage; il cause ainsi aux futurs époux un préjudice dont il pourrait lui être demandé compte.

771. III. **Production de certaines pièces.** — En cette matière encore, on s'est attaché à simplifier; le nombre des pièces à produire ou celui des mentions à y insérer a été réduit par les lois des 20 juin 1896, 21 juin 1907, 10 mars 1913, 9 août 1919, 4 février 1928, 11 juillet 1929.

Acte de naissance. — C'est la pièce essentielle à remettre, en toute occurrence; il est au centre même de la situation : c'est lui qui permet de savoir si les futurs conjoints ont atteint l'âge de la puberté, celui de la capacité; c'est lui qui pourra dénoncer l'existence d'un rapport de parenté faisant obstacle à l'union, ou encore l'existence d'un premier mariage (Voy. *Sup.*, n^{os} 253 et 709). Afin que ce dernier objectif soit atteint, la loi exige que l'expédition remise à l'officier de l'état civil ne remonte pas à plus de *trois mois*, ou à plus de *six mois* si elle a été délivrée dans une colonie ou dans un consulat (art. 70, § 2, mod. par L. du 11 juillet 1929). La loi se contente d'ailleurs d'un simple extrait, contenant les mentions prescrites par l'article 57, dernier alinéa, avec, s'il y a lieu, l'indication de la qualité d'époux des père et mère, ou, lorsque le consentement des parents est requis pour le mariage, l'indication de la reconnaissance dont l'enfant a été l'objet (art. 70, § 1, actuel) : on n'exige donc plus la production d'une expédition intégrale, dite *conforme*. Si l'un des époux se trouve dans l'impossibilité de se procurer un extrait de son acte de naissance, cette pièce sera suppléée par un *acte de notoriété*, délivré par le juge de paix du lieu de sa *naissance*, ou du lieu de son *domicile* : la forme et le contenu de cet acte sont fixés dans l'article 71, § 2, modifié par la loi du 11 juillet 1929.

772. Autres pièces à remettre à l'officier de l'état civil. — La liste en varie suivant les cas; ce seront :

1° Si l'un des futurs époux est *mineur*, l'*autorisation écrite* de la personne qualifiée pour donner son consentement, mais seulement si cette personne ne doit pas assister à la cérémonie;

2° Le mineur de 21 ans peut avoir à justifier du décès de l'un de ses auteurs, ou des deux, ou de tous ses ascendants; nous avons vu comment la preuve de ces événements pouvait être rapportée (*Sup.*, n° 735);

3° Le dissentiment qui se manifeste entre personnes qualifiées pour consentir au mariage peut être constaté officiellement à l'aide de divers procédés prévus dans les articles 154 et 155, modifiés par les lois du 2 février 1933 et du 4 février 1934, et dont certains impliquent, à cet effet, l'envoi de diverses pièces à l'officier de l'état civil (*Sup.*, n° 735*bis*);

4° Si l'un des futurs époux se *remarie*, il devra produire l'*acte de décès* du premier conjoint ou une expédition de la transcription du jugement de divorce;

5° S'il a été fait un *contrat de mariage*, le certificat rédigé par le notaire rédacteur sera remis à l'officier de l'état civil *lors de la célébration* (art. 75, § 4, et 1394, § 3);

6° Si c'est un *militaire* qui se marie il devra remettre l'autorisation délivrée par l'autorité supérieure.

772*bis*. Mariage des indigents. — Une loi du 10 décembre 1850 est intervenue en vue de faciliter le mariage des indigents, soit en chargeant l'officier de l'état civil de la recherche et de la réunion des pièces nécessaires, soit aussi en établissant des *dispenses de droit* (timbre, enregistrement, etc.). Une loi du 31 mars 1929 est venue modifier les articles 3, 4, 5, 6 et 8 de cette loi de 1850, dans le double but de simplifier encore les formalités requises et de faire cadrer cette réglementation spéciale avec des dispositions contenues dans des lois ultérieures.

§ III. — CÉLÉBRATION DU MARIAGE

773. Bibliographie. — A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2 vol.; Basdevant, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage, du Concile de Trente au Code civil*, thèse, Paris, 1900; O. Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, thèse, Paris, 1901; Bonifas, *Le mariage des protestants depuis la*

Réforme jusqu'en 1789, thèse, Paris, 1901; Ed. Lévy, *Les difficultés du mariage.*

774. Eléments d'histoire. — L'intérêt capital du sujet est d'ordre historique; il reste donc en marge de ce traité de droit positif actuel. En bref, notre pays a connu et a pratiqué trois systèmes :

1° *Le mariage consensuel.* — L'union se forme par le seul échange des consentements, en dehors de toute solennité, voire de toute publicité : on la traite comme une convention quelconque. C'est le système de notre moyen âge; il présente de très graves périls, notamment en ce qu'il rend à peu près impossible la différenciation de l'union régulière d'avec le concubinage; en somme, tout se ramène à une question d'*intention*, et l'intention ne peut guère se prouver que par la *possession d'état* : étaient mariés ceux que l'on considérait comme tels; ainsi l'atteste un vieux dicton rapporté par Loysel : « Boire, manger, coucher ensemble, Est mariage ce me semble. » (*Inst. coutum.*, liv. I, tit. II, n° 6);

2° *Le mariage religieux.* — En 1563, le Concile de Trente décide que le mariage doit, à peine d'inefficacité, être contracté à l'église, en présence du curé des époux. L'ordonnance de Blois de 1579 fait pénétrer cette règle dans le domaine du droit civil : désormais, le droit canonique et la loi civile tombent d'accord sur la nécessité d'une solennité d'ordre religieux. Mais alors, les formes vont varier avec la religion des époux; les protestants se marient devant leurs pasteurs, comme les catholiques devant leurs curés. Dans ces conditions, la révocation de l'Edit de Nantes devait avoir, pour les adeptes de la religion réformée, des conséquences désastreuses : privés de temples et de pasteurs, les protestants étaient en même temps privés de tout mode légal de mariage et, pendant plus d'un siècle, ils en furent réduits à se marier secrètement, privativement, c'est-à-dire à contracter des unions qui, au regard des pouvoirs publics, étaient radicalement nulles;

3° La *sécularisation* du mariage a mis fin à cette barbarie : du moment que la Constitution de 1791 eût proclamé que « *la loi ne considère le mariage que comme contrat civil* », et que la loi des 20-25 septembre 1792 eût créé les officiers de l'état civil, le mariage devint un acte public, célébré devant les mandataires de la société civile; il échappait du coup, et aux difficultés de preuve inhérentes au système consensuel, et aux bizarreries, aux injustices et aux persécutions qui avaient été l'apanage de la conception purement

religieuse; se marier, devient un droit civil autant que naturel, qui appartient à tous et qui s'exerce *uniformément*, sans distinction tirée des confessions religieuses : le mariage civil a conquis son indépendance par rapport au mariage religieux; il est devenu un acte solennel se suffisant à lui-même; et cette sécularisation devait avoir la valeur d'un phénomène permanent et définitif.

775. Mariage civil et mariage religieux. — Actuellement, en vertu du Code civil et depuis le droit révolutionnaire, le mariage religieux n'a plus aucune valeur au regard des pouvoirs publics; ce n'est pas à dire cependant que le législateur l'ignore : il s'en occupe, mais seulement pour le subordonner au mariage civil qui bénéficie, par rapport à lui, d'un droit de priorité : *l'union civile doit précéder l'union religieuse*; les époux éviteront ainsi la tentation de s'en tenir à la bénédiction nuptiale; ils doivent d'abord se mettre en règle avec la loi civile. Cette règle de l'antériorité du mariage civil fut d'abord posée dans les *articles organiques* (L. 18 germinal an X), et elle ne concernait donc, à l'origine, que les seuls catholiques; mais elle fut renouvelée, et cette fois en termes généraux, dans distinction de culte, dans le Code pénal, articles 199 et 200 : aux termes de ces dispositions, le ministre d'un *culte quelconque* qui procéderait à la célébration religieuse d'un mariage, sans qu'il lui eût été justifié de la célébration antérieure de l'union civile, encourrait pour la première infraction, sans excuse possible à tirer des circonstances de la cause (Voy. pour le cas d'un mariage *in extremis*, Rennes, 19 décembre 1923, *D. P.*, 1924, 2, 72), une *amende* de 16 à 100 francs; en cas de récidive, un *emprisonnement* de deux à cinq ans, et, pour la deuxième récidive, la peine de la *détention*. L'abrogation, par la loi du 9 décembre 1905, du Concordat et des Articles organiques, n'a pas entraîné celle des articles 199 et 200, C. pén., dont les dispositions sont demeurées en vigueur (Crim., 9 novembre 1906, *S.*, 1907, I, 153, *D. P.*, 1907, I, 161).

776. Lieu de célébration. — Le mariage ne peut pas être célébré dans une *commune* quelconque, mais là seulement où l'un des époux au moins est connu; grâce à cette précaution, les empêchements, s'il en existe, seront portés à la connaissance de l'officier de l'état civil.

Cependant, il faut se garder d'une exigence excessive qui risquerait de décourager les bonnes volontés; aussi la loi ouvre-t-elle un choix aux futurs époux : depuis la loi du

21 juin 1907, qui a établi le régime actuel, en modifiant les articles 74 et 165 du Code civil, le mariage peut être célébré dans la commune où l'un des époux se trouve *domicilié* au sens de l'article 102, ou encore dans la commune où l'un d'eux a une *résidence d'un mois* (art. 74), laquelle s'établit par une habitation continue pendant ce délai (même texte) : c'est une sorte de *domicile matrimonial* que la loi institue ainsi et grâce auquel les futurs époux peuvent avoir à choisir entre quatre communes.

Pour prévenir les fraudes auxquelles cette multiplicité de communes compétentes pourrait prêter, l'article 167, modifié par cette même loi du 21 juin 1907, exige que, lorsque l'un des époux ne réside que depuis *six mois* dans la commune où le mariage sera célébré, la publication soit effectuée, à titre supplémentaire, en des lieux déterminés (Voy. l'article 167 et *Sup.*, n° 750).

777. Local. Mariage à la mairie ; mariage à domicile. — En principe, le mariage doit être célébré à la *maison commune* (art. 75, § 1), c'est-à-dire à la *mairie*.

Mais il était admis depuis longtemps qu'au cas de maladie grave, d'infirmités de l'un des époux, l'officier de l'état civil pouvait se transporter à domicile pour y célébrer l'union. Cette pratique a été régularisée par la loi du 9 août 1919 : au cas d'*empêchement grave*, le procureur de la République peut requérir l'officier de l'état civil de se transporter au *domicile* ou à la *résidence* de l'une des parties pour y célébrer le mariage; il y a même un cas pour lequel cet officier peut prendre l'initiative, en dehors de toute réquisition, à charge d'aviser lui-même le procureur dans le plus bref délai : c'est celui où l'un des futurs époux serait en péril de mort imminente (art. 75, § 2).

778. Jour et heure. — Le choix du *jour* est laissé aux époux (art. 75, § 1) ; celui de l'*heure* appartient à l'officier de l'état civil qui s'inspire des nécessités du service. La célébration pourrait avoir lieu à une heure quelconque, du jour ou de la nuit, et même un jour férié.

779. Formes du mariage. — Le mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil de la commune compétente; cette célébration se distingue par sa *publicité* et par sa *solennité*.

La *publicité* doit être entendue en ce sens que le local où se déroule la cérémonie est accessible au public : les portes de la mairie sont ouvertes à tous.

La *solennité* s'affirme à différents égards :

1° Dans la nécessité de la *présence réelle* des deux époux : on ne se marie pas par procuration : la tradition est en ce sens, comme les travaux préparatoires; il suffit de lire l'article 75 pour être convaincu que le législateur de 1804 s'en est référé, sur ce point, à la tradition à laquelle il fut cependant dérogé temporairement au cours de la *guerre* (L. 4 avril et 19 août 1915);

2° Dans la présence *de témoins*, qui devaient être jadis au nombre de quatre, mais qui ont été réduits à *deux* par la loi du 9 août 1919 (art. 75, § 1); pour la capacité requise en pareille matière, voyez *Sup.*, n° 262. Il importe peu que ces témoins soient ou non parents des époux (même texte); il semble bien que les parties ne puissent imposer, comme autrefois, la présentation de quatre témoins, le chiffre de deux constituant à la fois un minimum et un maximum; la loi de 1919 a voulu simplifier; il ne dépend pas des particuliers de compliquer à nouveau (*Sic.*, Ed. Lévy, *Les difficultés du mariage*, p. 139); en fait, lorsque le mariage intervient dans « la bonne société », on voit fréquemment figurer quatre témoins, comme autrefois : l'usage et la vanité sont plus forts que la loi qui, malgré son caractère impératif, demeure souvent inobservée.

780. — 3° Dans l'*intervention de l'officier de l'état civil* et dans l'accomplissement de *certains rites*.

1. Il est donné lecture théoriquement, sinon effectivement, des pièces produites par les époux en vue du mariage; 2. Puis des articles 212, 213 et 214 du Code civil, relatifs aux droits et aux devoirs réciproques des époux et à la puissance maritale; 3. Après quoi, l'officier de l'état civil demande aux époux s'il a été fait un *contrat de mariage*; au cas d'affirmative, ceux-ci lui remettent le récépissé qui a dû leur être délivré par le notaire rédacteur; 4. Alors intervient la *double interrogation* décisive : l'officier demande aux futurs époux s'ils consentent à se prendre pour mari et femme : ils doivent y répondre *formellement* et *affirmativement*, en prononçant le « oui » sacramentel; le proverbe « qui ne dit mot consent » n'a pas cours ici; 5. Enfin, s'il y a lieu, l'officier interpelle les personnes qualifiées pour donner leur consentement au mariage, du moins si elles sont présentes à la cérémonie; 6. Après quoi, il *prononce, au nom de la loi*, que les deux intéressés sont unis par le mariage; 7. Et *il en dresse acte sur-le-champ* (art. 75 *in fine*).

781. Acte de mariage. — Cet acte doit contenir un grand nombre d'énonciations; elles sont énumérées dans l'article 76, modifié par les lois du 21 juin 1907, du 9 août 1919, du 28 avril 1922, du 4 février 1928 (art. 1er), du 13 février 1932 et du 4 février 1934. — V. aussi la circulaire du Garde des Sceaux en date du 13 juin 1934 (*D. P.*, 1934, 4, 375).

Nous renvoyons le lecteur à cet article 76 dont il est inutile de reproduire ici l'énumération; nous remarquerons seulement :

1° Que, parfois, certaines mentions supplémentaires doivent figurer dans l'acte du mariage : par exemple, la circonstance que le mariage a été célébré, non à la mairie, mais au domicile ou à la résidence de l'un des époux (art. 75, § 3);

2° Puis, que la loi du 4 février 1928 a simplifié les écritures dans le cas où l'un des époux avait été précédemment marié (*Sup.*, n° 275);

3° Que la loi du 13 février 1932 a supprimé le 5° de l'article 76, lequel exigeait la mention qu'il n'existait pas d'opposition au mariage (*Sup.*, n° 275);

4° Enfin, que la loi du 4 février 1934 a fait disparaître la mention du dissentiment des ascendants du futur époux mineur (art. 155, actuelle rédaction).

782. Mariage célébré à l'étranger. — Transcription. — Lorsqu'un Français s'est marié à l'étranger, suivant les formes locales, l'acte de son mariage doit être *transcrit* sur les registres du lieu de son domicile, dans les trois mois qui suivent son retour en France; de plus, *mention* de cette transcription doit être effectuée en marge de l'acte de naissance de chacun des époux (art. 171).

Section III. — SANCTIONS DES CONDITIONS ET FORMALITÉS PRESCRITES THÉORIE DES NULLITÉS DE MARIAGE

783. Différentes catégories de sanctions, pénales et civiles. — Les *sanctions* afférentes aux conditions et formalités instituées par la loi, à l'occasion du mariage, sont nombreuses et variées : les unes sont d'ordre *répressif*, alors que d'autres ressortissent au droit civil, exclusivement.

Sanctions d'ordre répressif : ce sont celles qui présentent le caractère d'une punition infligée aux coupables : telles la peine de l'emprisonnement édictée à l'encontre de l'époux qui a commis le délit de *bigamie* (C. pén., art.

340) ; ou l'*amende proportionnée à la fortune* qui est prononcée par les articles 192 et 193 contre les personnes responsables de la méconnaissance d'une formalité de publicité : *époux*, *parents* ou *ascendants*; ou l'amende de *trois cents francs infligée* à l'*officier de l'état civil* qui a commis la même faute (mêmes textes), ou qui a passé outre à une opposition régulière (art. 68), ou qui n'a pas exigé le consentement requis pour le mariage d'un mineur de vingt et un ans (art. 156), ou qui n'a pas exigé la justification de la notification prescrite par l'article 148 au cas de dissentiment entre le père et la mère du futur conjoint mineur (art. 157, mod. par L. 11 déc. 1924 et 4 fév. 1934) ; ou la peine de l'*interdiction* dont l'article 176 menace l'*huissier* qui aurait signé un acte d'opposition irrégulier, présentant des lacunes.

784. Sanctions d'ordre civil. — Elles peuvent consister soit dans des *dommages-intérêts*, soit dans l'*inefficacité* du mariage (nullité *lato sensu*).

Les *dommages-intérêts* peuvent être prononcés tant contre l'*officier de l'état civil* dont la faute a causé un préjudice aux époux ou à des tiers (art. 68), que contre *les époux*, eux-mêmes responsables dans les termes du droit commun.

785. — Mais la sanction la plus caractéristique, la plus importante et la plus intéressante de beaucoup consiste dans l'*inefficacité* du mariage irrégulièrement célébré, c'est-à-dire *lato sensu*, dans sa *nullité*.

Plan.

1° *Idées générales : empêchements au mariage et nullités;*

2° Cas d'*inexistence*, de *nullité absolue* et de *nullité relative*;

3° *Conséquences* de l'inexistence ou de la nullité, absolue ou relative.

§ I. — IDÉES GÉNÉRALES ; EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE ET NULLITÉS

786. Gravité de ce genre de sanction. — La *nullité* du mariage constitue la sanction la plus grave que comportent les règles instituées par la loi : le mariage disparaissant, non seulement pour l'avenir mais aussi dans le passé, les époux vont se trouver transformés *rétroactivement* en *concubins*; les enfants issus de l'union annulée ou nulle de droit deviennent des enfants naturels; c'est le trouble jeté dans le foyer, dans toute une famille; c'est un châtiment

immérité qui atteint des innocents; c'est un scandale qui, s'il se reproduisait fréquemment, risquerait d'ébranler le mariage, donc la société, jusque dans leurs bases. Il importe, ici plus que jamais, de se montrer circonspect, d'éviter les excès, l'arbitraire dans la répression et de se garder des périls inhérents à l'interprétation extensive des textes qui régissent la matière.

787. Pas de nullité sans texte. — Aussi, est-il admis, sinon par une doctrine unanime, du moins par une jurisprudence constante ainsi que par des auteurs autorisés, que les dispositions relatives à la nullité, ou plutôt aux nullités de mariage, sont d'*interprétation stricte* : la sanction n'est encourue que dans les cas et dans les limites précises où elle est contenue par la loi : *pas de nullité sans texte*, c'est un véritable dogme jurisprudentiel que l'on trouve affirmé dans différents arrêts de la Cour de cassation et des Cours d'appel : « Il n'y a d'autres nullités de mariage que celles qui ont été prononcées en termes exprès par un texte formel. » (Douai, 28 déc. 1908, *D. P.*, 1909, 2, 102; Comp. Req., 12 nov. 1844, *D. P.*, 1845, 1, 98, *S.*, 1845, 1, 246; Paris, 3 mars 1897, S., 1897, 2, 102, D. P. 1897, 2, 439.

Cette jurisprudence s'étaye sur les arguments suivants :

1° La règle *pas de nullité sans texte* était admise dans notre ancien droit : les *cassations* de mariage ne pouvaient intervenir qu'en vertu d'un texte formel (A. Esmein, *op. cit.*, t. I, pp. 75 et suiv.).

2° Cette règle se justifie par l'importance du mariage et le danger qu'il y aurait à en admettre trop largement, trop arbitrairement l'inefficacité : comme le dit la Chambre des requêtes dans l'arrêt précité « le mariage tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions »;

3° La circonstance que les rédacteurs du Code civil ont consacré un chapitre entier aux nullités de mariage (Livre I, titre V, chap. 4), prouve bien qu'ils ont voulu écarter le droit commun général pour établir une réglementation spéciale : les dispositions contenues dans ce chapitre se suffisent à elles-mêmes; il n'appartient pas à l'interprète de les compléter en faisant appel à des principes généraux ou à des textes étrangers à la matière.

C'est pour ces raisons que la jurisprudence écarte ici les *nullités virtuelles*, pour ne retenir que les *nullités expresses*.

788. Objections. — Une partie de la doctrine estime que cette jurisprudence est erronée; les travaux préparatoires seraient favorables à l'application du droit commun; d'autre part, dans le chapitre 4, le législateur se serait appliqué à déterminer, non pas les cas de nullité, mais les personnes qui peuvent agir en nullité, ce qui est bien différent; enfin et surtout, on fait remarquer que la jurisprudence ne peut pas demeurer fidèle à sa thèse et qu'elle a dû, bon gré mal gré, comme nous le verrons, admettre l'inefficacité du mariage dans des cas où la loi ne l'a pas formellement proclamée.

Nous ne pensons pas que ces arguments, développés notamment par M. Planiol (t. I, n° 995) et par M. Rouast (*La famille*, dans le traité pratique de droit civil de MM. Planiol et Ripert, n° 246), soient entraînants : les travaux préparatoires sont d'autant moins concluants que la détermination des cas de nullité et celle des personnes admises à les invoquer sont, en fait, inséparables, comme il paraît à la lecture des articles 180 et suivants qui résolvent souvent les deux questions dont la connexité est manifeste; quant aux dérogations qu'il a fallu faire subir au principe, elles ne prouvent rien contre lui : parmi les règles de droit, il en est bien peu, même parmi les plus impératives, qui soient vraiment absolues; presque toutes comportent des exceptions qui, suivant la formule consacrée, viennent les confirmer; en l'occurrence, il s'agit seulement d'une *directive générale* qui cède parfois devant des nécessités plus fortes qu'elle : si le législateur de 1804 avait entendu répudier le passé, il s'en serait expliqué catégoriquement, tandis qu'en groupant dans un chapitre distinct les règles spéciales au sujet, il semble bien au contraire être resté dans la ligne traditionnelle.

Nous croyons donc que la jurisprudence est bien inspirée lorsqu'elle part de ce principe que les nullités de mariage sont d'interprétation stricte et qu'il n'appartient pas au juge d'en créer à volonté à l'aide d'arguments d'analogie ou de considération d'équité : nous sommes ici dans une matière de droit strict (*Sic.* Aubry et Rau, t. VII, § 458).

789. Conséquences de la règle : pas de nullité sans texte.

I. **Théorie de l'inexistence.** — Comme le législateur a parfois négligé d'édicter la nullité en sanction de vices d'une gravité extrême, la jurisprudence a été conduite, désireuse qu'elle était de s'en tenir à l'interprétation restrictive,

à pratiquer une politique du pire, à imaginer, ou du moins à développer un système complémentaire de celui de la nullité, le système des *mariages inexistants* grâce auquel elle peut dénier toute efficacité à des simulacres d'union dont le maintien serait inadmissible (*Inf.*, n° 794) : s'il n'y a pas de nullité sans texte, il y a place pour des *inexistences* sous-entendues, par exemple lorsque le mariage a été prétendument célébré par une personne qui n'avait pas même la qualité d'officier de l'état civil (*Inf.*, n° 800).

790. II. Empêchements prohibitifs, non sanctionnés par la nullité. Empêchements dirimants. — Il est très possible que certains empêchements ne soient pas sanctionnés, s'ils viennent à être méconnus, par la nullité du mariage; il en va ainsi de tous ceux auxquels la loi n'a pas *expressément* attaché cette sanction.

Ainsi s'est établie la distinction des empêchements en *prohibitifs* et *dirimants*, ces derniers seuls entraînant, parce que la loi s'en est expliqué formellement, la nullité du mariage qu'ils ont la force de rompre (*dirimere*). Les empêchements simplement prohibitifs font bien, eux aussi, obstacle au mariage, mais ils ne sont pas irritants; tant mieux pour les époux qui réussissent à franchir l'obstacle, ils sont en toute sécurité, de l'autre côté de la barricade; l'officier de l'état civil, mieux informé ou plus consciencieux, n'aurait pas dû procéder à la célébration du mariage; mais, du moment qu'il a prêté son ministère, le mariage est inattaquable, encore qu'irrégulièrement célébré.

791. Cas d'empêchement simplement prohibitif. — Nombreux sont les cas d'empêchement simplement prohibitif, parce que nombreuses sont les formalités à l'inobservation desquelles la loi n'a pas attaché la nullité; les principaux cas sont les suivants :

1° Le mariage n'a pas été *publié* réglementairement; ici, ce sont les articles 63 et suivants qui ont été transgressés, lesquels ne parlent pas de nullité. Il y aura seulement lieu de châtier les coupables, conformément à l'article 192.

La règle est la même pour le défaut de publication en France du mariage célébré à l'étranger (art. 170) (Civ., 15 juin 1887, *D. P.*, 1888, 1, 412; Req., 3 janvier 1906, *S.*, 1906, 1, 142);

2° Le *délai de viduité* imposé à la femme veuve ou divorcée n'a pas été respecté : les articles 228, 296 et 297 n'instituent point de nullité; cette sanction serait d'ailleurs vaine et dérisoire : il s'agissait de prévenir la confusion de

part; or, il est est désormais trop tard pour que ce but puisse être atteint;

3° Il n'a pas été tenu compte d'une *opposition*, régulièrement formulée et qui n'avait pas été levée : la faute de l'officier de l'état civil est flagrante et une amende pourra venir la sanctionner (*Sup.*, n° 783); mais le mariage n'est pas nul, car la nullité n'en est nulle part prononcée par la loi; sans doute, le mariage sera sujet à annulation s'il existait, derrière l'opposition, un empêchement dirimant, comme si l'un des époux était précédemment engagé dans les liens d'une autre union; mais il ne pourra pas l'être du chef de la non-observation de l'opposition laquelle n'avait en elle-même, que la valeur d'un empêchement prohibitif;

4° Le mariage d'un *militaire* a été célébré en dehors de l'autorisation des supérieurs : le coupable n'encourra d'autres sanctions que des peines d'ordre disciplinaire.

792. Cas contestés. — Tous ces cas d'empêchements prohibitifs sont unanimement admis; il en est d'autres qui sont discutés : les adversaires de la règle *pas de nullité sans texte* les repoussent et font intervenir la nullité, par exemple lorsque le mariage a eu lieu entre personnes unies par un lien de *parenté adoptive* qui y faisait obstacle (*Sup.*, n° 720) : l'article 354, qui édicte les prohibitions en pareille matière, n'évoque pas la notion de nullité : sauf controverse, le mariage, malgré son caractère irrégulier, sera donc, à notre avis, inattaquable. (*Inf.*, n° 804.)

793. Cas de nullité sans empêchement proprement dit. — De même qu'il peut y avoir empêchement sans nullité corrélative, de même et à l'inverse, il peut y avoir nullité abstraction faite de tout empêchement véritable : il suffit, pour cela, que la loi ait prononcé ladite nullité.

Cette formule vise les *formalités* qui, instituées par le Code civil en vue de la régularité et de la validité du mariage, ne présentent cependant pas, à raison du moment auquel elles interviennent et parce qu'elles sont contemporaines du mariage, le caractère d'empêchement : l'union a été célébrée *clandestinement*, *privativement*, ou bien par un officier de l'état civil qui était *incompétent*.

Il va sans dire que ce n'est pas l'inobservation d'une formalité quelconque qui entraîne la nullité du mariage; la règle *pas de nullité sans texte* exerce son empire en cette occasion de même que pour les empêchements véritables : l'omission de la lecture, par l'officier de l'état civil, des pièces produites par les parties, ainsi que celle de la lec-

tures des articles 212 à 214 n'a pas un effet dirimant, pas plus que l'inobservation des règles édictées pour la rédaction de l'acte de mariage; la raison en est toujours la même : la nullité n'est pas prononcée par la loi; elle ne saurait être sous-entendue par le juge.

§ II. — DES CAS D'INEXISTENCE ET DE NULLITÉ

794. Inexistence et nullité. — La théorie de l'*inexistence* du mariage n'est formellement énoncée dans aucun texte; la réalité en est cependant établie par toute une série de considérations :

1° La distinction des actes *inexistants* et des actes *nuls* a une valeur générale (*Sup.*, nos 138 et suiv.; 151); on ne comprend pas pourquoi elle ne trouverait pas son application dans le domaine du mariage; à côté des unions simplement viciées, il y a place pour des unions dépourvues d'un élément constitutif indispensable : ce sont celles-là qui seront considérées comme inexistantes;

2° L'application de cette distinction au mariage est rendue particulièrement urgente par la règle : *pas de nullité sans texte* (*Sup.*, nos 787 et suiv.) : il arrive parfois que la loi n'a pas prononcé la nullité d'un mariage contracté cependant en violation d'une exigence impérieuse, comme celle de la différence de sexe chez les époux; comme une telle union ne saurait subsister, et comme d'autre part la règle *pas de nullité sans texte* ne permet pas de la considérer comme *nulle*, elle sera déclarée *inexistante* : car il n'est pas besoin d'un texte pour décider qu'une opération incomplète n'est pas viable et qu'elle ne saurait produire aucun effet;

3° Au cours des travaux préparatoires du Code civil, il a été fait allusion, notamment par le Premier Consul, à la distinction des mariages nuls et des mariages inexistants; Bonaparte protesta, à différentes reprises, contre toute confusion à ce sujet, contre le dessein de « mêler ensemble les cas où il n'y a pas de mariage et les cas où il peut être cassé » (Fenet, t. IX, p. 16); et, à l'occasion du texte qui est devenu l'article 146, il a distingué avec beaucoup de clarté le cas où *il n'y a pas de mariage* (comme si la femme a dit *non* devant l'officier de l'état civil), et celui où il y a un mariage susceptible d'être annulé (la femme a dit *oui*, mais on lui avait arraché son consentement). (Fenet, t. IX, p. 99);

4° L'article 146 se réfère assez clairement à la distinction des actes inexistants et des actes nuls, lorsqu'il déclare

qu'« *il n'y a pas de mariage* lorsqu'il n'y a point de consentement ».

795. Remarque. — Il ne faudrait cependant pas confondre le mariage inexistant avec l'absence complète de mariage : la première situation, à la différence de la deuxième, implique un mariage à l'état au moins *embryonnaire*, une volonté de mariage qui, chez les intéressés, s'est affirmée sous une forme ou sous une autre : *l'union de fait est autre chose et moins qu'un mariage inexistant* : nous verrons qu'il est intéressant de faire cette constatation. (*Inf.*, n° 860.)

796. Nullité absolue et nullité relative. — Voici encore une distinction qui présente une valeur générale (*Sup.*, n^{os} 138 et suiv.); pour le mariage comme pour un contrat quelconque, on oppose les nullités d'*ordre public* aux nullités d'*intérêt privé*, les nullités *radicales* aux simples *annulabilités*. Nous verrons toutefois que le droit commun subit ici d'importantes déformations, et nous pouvons dire, dès maintenant, qu'*il y a en réalité autant de régimes différents qu'il existe de causes de nullité* : le système du Code civil est empirique et fragmentaire; il résiste le plus souvent à tous les efforts de synthèse et de systématisation.

797. — Les causes qui sont susceptibles de vicier un mariage sont nombreuses et variées, les unes visées par la loi, les autres — en matières d'inexistence — qui ont un pouvoir virtuel. Mais, en toute occurrence, il faut éliminer désormais du champ de notre étude les empêchements *prohibitifs* qui, nous l'avons vu (*Sup.*, n° 790), n'entraînent jamais l'inefficacité de l'union, même sous la forme la plus atténuée d'une simple annulabilité. Nous supposons donc ici ou bien qu'un empêchement *dirimant* s'opposait à la célébration du mariage, ou bien qu'une *formalité essentielle* n'a pas été observée.

N° 1. — *Les mariages inexistants*

798. Enumération. — Les mariages inexistants ont soulevé des difficultés, non seulement dans leur principe, mais encore, entre ceux-là mêmes qui tombent d'accord sur ce principe, dans la détermination des cas d'application. Sans doute, la directive est la suivante : *l'inexistence implique l'absence d'un élément constitutif*; le mariage inexis-

tant est celui qui n'est pas pourvu de tous ses organes essentiels et qui est donc pour ainsi dire *mort-né*.

Seulement, des divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de traduire concrètement ces formules et de les faire descendre dans les faits.

La *doctrine dominante* admet l'inexistence dans trois cas :

1° Pour *identité de sexe*;

2° Pour *défaut d'intervention d'un officier de l'état civil*;

3° Pour *absence de consentement*.

799. I. Identité de sexe. — C'est un empêchement qui relève du médecin plus encore que du juriste; les difficultés auxquelles il donne lieu sont surtout de pur fait : il s'agit de savoir jusqu'à quel point un défaut de conformation est susceptible de modifier, de transposer le sexe d'une personne. Nous rappelons que *l'impuissance* n'est pas considérée comme faisant obstacle au mariage. (*Sup.* n° 712; Civ., 6 avril 1903, *S.* 1904, 1, 273. Note Wahl, *D. P.* 1904, 1, 395).

Il est à signaler que nulle part le législateur n'a édicté une nullité fondée sur l'identité de sexe; c'est bien précisément pourquoi on se rabat ici sur la notion d'inexistence qui, à la différence de la notion de nullité, peut avoir un caractère *virtuel*; le mariage est, par définition même, l'union de l'homme et de la femme (Civ., arrêt précité; Montpellier, 8 mai 1872, *D. P.* 1872, 2, 48).

La jurisprudence se conforme, en cette matière, aux véritables principes : bien qu'on l'ait contesté, elle évoque la notion d'inexistence, de préférence à celle de nullité. Voy. : Civ., arrêt précité; Lyon, 16 mars 1906, *S.*, 1906, 2, 168; *D. P.* 1907, 2, 21. Comme le dit la Cour de cassation, c'est l'*existence* du mariage qui est subordonnée à la différenciation des sexes des époux.

800. II. Défaut d'intervention de tout officier de l'état civil. — Il ne s'agit pas d'une simple incompétence, mais d'une absence de toute célébration par un officier de l'état civil quelconque : par exemple, les prétendus conjoints ont été unis par un prêtre ou par un notaire. Nulle part, ici encore, la loi ne prononce expressément la nullité d'un tel pseudo-mariage; mais son inexistence ne saurait faire doute; en pareille matière, plus qu'en toute autre, la forme emporte le fond; celui-ci ne saurait exister sans elle : *forma dat esse rei*; pas de mariage sans célébration de mariage, au sens technique de cette expression, c'est-à-dire sans l'intervention d'un officier de l'état civil.

801. III. **Absence du consentement.** — On suppose, non pas seulement que le consentement de l'un des époux a été vicié, mais qu'il fait complètement défaut; il est un texte qui prévoit les éventualités de ce genre, mais c'est pour proclamer, en termes suffisamment clairs, l'inexistence même du mariage; « *Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* » (art. 146).

Il semble donc que la solution ne devrait pas faire doute, que la réalité de ce troisième cas d'inexistence devrait être acceptée par tous; et c'est cependant ce que n'admettait pas la jurisprudence, non pas, sans doute, dans le cas rarissime, visé par le Premier Consul, où, la femme ayant dit *non*, il serait écrit sur les registres de l'état civil qu'elle a dit *oui* (*Sup.* n° 794); mais du moins dans l'hypothèse d'ordre plus pratique où le consentement a été donné par un *dément*, par un *idiot* ou un *faible d'esprit*; pour notre jurisprudence, le mariage était alors, non pas inexistant, non pas même radicalement nul, mais seulement atteint d'une nullité relative; il était simplement annulable (Civ., 9 nov. 1887, *S.* 1887, 1, 461, *D. P.* 1888, 1, 161). Cette solution n'a d'ailleurs rien de spécial au mariage : on sait que notre jurisprudence traite, en thèse générale, l'absence même de consentement dérivant de la folie, comme un simple vice de consentement (*Sup.* n^{os} 153 et 523).

Les résultats pratiques de cette position prise par la Cour de cassation étaient peu satisfaisants : relative, la nullité ne pouvait être proposée que par l'incapable, par le dément, par l'imbécile, à l'exclusion de toutes autres personnes, notamment à l'exclusion du conjoint qui, en fait et le plus souvent, aura été abusé par des machinations condamnables, à qui on aura soigneusement caché la triste réalité (V. trib. civ. Seine, 20 fév. 1912, *Gaz. Trib.* 21 fév.)

Actuellement, la question est tranchée par la loi, au moins pour le cas de démence, de débilité intellectuelle : il résulte d'une loi du 19 février 1933, sur laquelle nous reviendrons (*inf.* n° 808*bis*), que le mariage est alors atteint d'une *nullité absolue* et qu'il peut donc être attaqué par tous ceux qui y ont intérêt, notamment par le conjoint trompé, ainsi que par le ministère public (art. 184) qui, dans sa nouvelle rédaction, vise précisément l'art. 146).

Seulement, il ressort des travaux préparatoires de cette loi, qu'elle est intervenue uniquement en vue du cas qui vient d'être indiqué, celui de démence, plus spécialement d'idiotie ou de débilité mentale (V. notamment au *J. Off.* le rapport présenté par le député Oudin, le 20 janv. 1933, annexe n° 1295); et l'on peut estimer que la notion de

l'inexistence continue à recevoir son application, même après la loi de 1933, lorsque le consentement a fait complètement défaut chez l'un des époux, par exemple dans l'éventualité visée par le Premier Consul : on est alors en dehors, sinon des termes, du moins de l'esprit de la loi de 1933 et le mariage ne s'est pas formé du tout.

802. Conséquences juridiques attachées à l'inexistence. — Le mariage inexistant n'est pas né à la vie juridique; il est mort-né; c'est une tentative qui a avorté; en conséquence :

1° L'inexistence peut être invoquée par *tout intéressé*, abstraction faite d'un intérêt d'ordre pécuniaire;

2° L'inefficacité de l'acte est *définitive* et *irrémédiable*; aucune confirmation n'est possible, expressément ou tacitement. Spécialement la *prescription décennale* est hors de cause, elle qui repose sur une présomption légale de confirmation. La prescription trentenaire elle-même est inacceptable; rien ne saurait donner la vie à un acte qui n'existe pas;

3° Le tribunal à qui la question de l'efficacité ou de l'inefficacité du mariage est soumise, n'a pas à *prononcer* l'inexistence; il se borne à la *constater*; sa décision est strictement *déclarative* d'un état de choses antérieur (trib. civ. Blida, 31 déc. 1931, *D. P.*, 1932, 2, 113, note P. Chauveau).

Ces trois conséquences ne sont pas toujours déduites et appliquées par la jurisprudence avec une précision et une rigueur suffisantes; il appartient à la doctrine d'établir les véritables principes et d'introduire un ordre strict dans un sujet où nos tribunaux et la Cour de cassation elle-même en ont mis assez peu.

N° 2. — *Les mariages atteints de nullité absolue.*

803. Enumération. — On comptait cinq causes de *nullité absolue* : 1° l'*inceste*; 2° la *bigamie*; 3° l'*impuberté*; 4° la *clandestinité*; 5° l'*incompétence* de l'officier de l'état civil; la loi du 19 février 1933 en a ajouté une sixième : 6° la *démence*.

Nous étudierons : 1° ces diverses causes de nullité *en elles-mêmes*; 2° dans les *règles* qui leur sont applicables.

I. Les causes de nullité absolue

804. I. **L'inceste.** — Le mariage *incestueux* est celui qui a été contracté entre parents ou alliés au degré prohibé (*Sup.* n^os^ 715 et suiv.). Le caractère *dirimant* de l'empêchement ressort des art. 161, 162, 163 cbn, art. 184.

Toutefois, la nullité n'est pas encourue si l'obstacle au mariage provenait d'une parenté simplement *adoptive* : en effet, les prohibitions édictées à ce sujet dans l'article 354 ne sont pas expressément sanctionnées par la nullité; l'article 184, qui renvoie aux articles 161, 162 et 163, ne contient pas de référence à l'article 354; or, il n'existe pas, en matière de mariage, de nullité sans texte (*Sup.* n° 787), et comme, d'autre part, il ne peut être question de faire appel à la sanction de l'inexistence, laquelle peut sans doute être virtuelle, mais serait hors de proportion avec l'irrégularité commise, il faut conclure que l'empêchement est simplement *prohibitif* et que la nullité du mariage ne peut pas être demandée; il convient d'autant mieux d'adopter cette opinion qu'on serait bien embarrassé, si l'on consacrait la thèse adverse, de déterminer, dans le silence de la loi, le caractère de la nullité et le cercle des personnes qui seraient admises à s'en prévaloir; il est d'ailleurs certain que la méconnaissance de l'obstacle opposé à l'union par la parenté adoptive ne présente pas la même gravité et ne donne pas lieu au même scandale que la transgression de l'empêchement qui résultait d'une parenté dérivant de la communauté du sang; notamment l'objection d'ordre physiologique, qui offre une grande importance dans ce dernier cas, ne joue pas dans le premier.

La question est cependant discutée.

805. II. **La bigamie.** — La nullité résulte de la combinaison des art. 147 et 184.

On sait que l'*absence* de l'un des conjoints laisse subsister l'obstacle au remariage de l'autre, car elle n'est pas une cause de dissolution du mariage; du moins la nullité de la seconde union ne peut-elle pas être demandée tant que l'incertitude subsiste, en sorte qu'il arrive qu'elle ne puisse jamais l'être; c'est seulement en cas de retour de l'absent ou si son existence est établie que l'action en nullité pourrait être engagée (art. 139); jusque-là, le *statu quo* s'impose.

Il est de toute évidence que le premier mariage n'entraîne la nullité du deuxième qu'autant qu'il est lui-même valable: si la question de sa nullité est soulevée, elle doit être tran-

chée préalablement; elle a un caractère préjudiciel (art. 189).

806. III. **Impuberté.** — Nous avons expliqué en quoi consiste cette cause de nullité (*Sup.* n° 707) : on s'est demandé si la nullité est absolue ou seulement relative, car elle est susceptible de se couvrir (*Inf.* n° 823); mais, en réalité, le doute n'est pas permis, puisque l'action en nullité appartient à tous les intéressés (art. 184), ce qui est bien la caractéristique des nullités absolues.

807. IV. **La clandestinité.** — Il faut distinguer trois variétés de clandestinité :

1° La clandestinité *antérieure* au mariage; elle résulte du *défaut de publication*; nous savons qu'elle constitue un empêchement simplement *prohibitif* (*Sup.* n° 791); elle n'est pas sanctionnée par la nullité;

2° La clandestinité *postérieure au mariage*; l'union, une fois célébrée est tenue *secrète* par les époux; cette circonstance ne compromet aucunement la validité du mariage, non pas qu'elle soit dépourvue de toute conséquence juridique, mais elle n'exerce aucun retentissement rétrospectif sur un acte qui a été conclu dans des conditions régulières;

3° La clandestinité *contemporaine* de la célébration : le mariage a eu lieu secrètement; les portes de la mairie étaient fermées, le public n'a pas été admis : c'est cette irrégularité qui, à la différence des deux précédentes, est sanctionnée par la nullité de l'union (art. 191).

808. V. **L'incompétence** de l'officier de l'état civil. — Elle peut revêtir deux formes : elle tient soit *aux époux eux-mêmes*, aucun d'eux n'étant domicilié ni ne pouvant se prévaloir d'une résidence d'un mois dans la commune, soit à l'*officier* qui est venu exercer ses fonctions au delà des limites territoriales de sa commune.

L'article 191, qui édicte la nullité, semble bien, encore qu'on l'ait contesté, se référer à ces deux éventualités, entre lesquelles il n'y aurait d'ailleurs aucune bonne raison d'établir une discrimination.

808*bis*. VI. **La démence.** — Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence voyait dans la démence une simple cause d'annulabilité (*sup.* n° 801); elle avait été conduite à cette solution, d'abord par la position qu'elle a prise, en thèse générale et à ce sujet pour tous les actes juridiques (*sup.* n° 153), puis par la rédaction de l'article 184 qui,

réglementant les nullités absolues et déterminant les personnes à qui appartient l'action en nullité, ne visait point l'article 146, texte qui se réfère à l'absence du consentement de l'un des conjoints.

On sait les inconvénients de cette thèse : elle aboutissait à refuser l'action en nullité au conjoint du dément (*sup.* n° 801), donc à la véritable victime de la fâcheuse combinaison matrimoniale; on protégeait bien l'incapable, mais c'était en sacrifiant, en immobilisant celui qui avait fait le mauvais marché et que l'on maintenait malgré lui dans les liens d'une union odieuse, viciée, dès l'origine, en fait, sinon en droit, par le dol et par l'erreur.

De là l'intervention du législateur qui s'est réalisée très simplement en introduisant dans l'article 184 un numéro supplémentaire; désormais, et en vertu de la loi du 19 février 1933, ce texte vise l'article 146; l'action en nullité appartient, au cas de folie ou d'idiotie, à tous les intéressés, y compris le conjoint du dément; la nullité, jadis limitée par la jurisprudence comme relative, par nombre d'auteurs comme une inexistence, est ainsi proclamée nullité absolue.

Il va sans dire que la démence ne vicie le mariage qu'autant qu'elle sévissait lors de la célébration et non point seulement aux environs de cette cérémonie : c'est au demandeur en nullité qu'il appartient, non seulement de prouver la démence, mais aussi de la situer dans le temps (*sup.* n° 524).

809. — Il n'existe pas d'autre cas de nullité absolue; nous avons écarté le cas de mariage contracté au mépris d'une *parenté adoptive* (*Sup.* n° 804).

II. Règles applicables aux cas de nullité absolue

810. Rappel du droit commun. — Nous rappelons que les nullités absolues présentent, dans la théorie générale, les caractéristiques suivantes :

1° *Tout intéressé* peut les invoquer;

2° Elles ne se couvrent jamais, par *aucune confirmation* d'aucune sorte;

3° Comme il n'y a pas, à vrai dire, d'*action en nullité*, la prescription est inconcevable : elle ne trouverait aucune prise;

4° Pour la même raison, en cas de contestation, le tribunal ne *prononce* pas la nullité; il se borne à en *constater* l'existence.

(Voyez sur ces différents points, *Sup.*, n^{os} 145 et suiv.)

Nous devons rechercher si ces différentes règles sont applicables aux mariages atteints d'une nullité absolue.

Dès maintenant, nous pouvons annoncer qu'elles ne le sont pas indistinctement et que c'est ici le moment de se rappeler le mot de Portalis que chaque nullité de mariage comporte des règles spéciales.

811. I. **La nullité peut-elle être invoquée par tout intéressé?** — En règle générale, il faut répondre affirmativement : il ressort des articles 184 et 191 que l'action appartient bien à tous intéressés, y compris le ministère public, représentant et gardien des intérêts de la société.

Mais il importe de préciser; et en pareille matière, les *précisions* équivalent à des *limitations*.

Peuvent arguer de la nullité les personnes suivantes :

812. 1° **Les époux,** dans tous les cas; leur qualité d'*intéressés* ne saurait faire question; au cas de *bigamie*, les époux sont au nombre de *trois*; chacun est admis à exciper de la nullité, même l'artisan de la bigamie qui va certainement pouvoir invoquer sa propre faute pour se libérer du second lien dans lequel il s'était criminellement engagé; la règle *nemo auditur propriam turpiturdinem allegans* fléchit devant les nécessités de l'ordre public; elle ne fait pas davantage obstacle à ce que des époux coupables d'inceste invoquent la nullité de leur union irrégulière.

813. 2° **Les ascendants** des époux. L'action leur appartien *concurremment* et non pas hiérarchiquement : en cela elle est soumise à un autre régime que le droit de faire opposition au mariage projeté (*Sup.* n° 757) : un aïeul peut agir encore que les père et mère demeurent inertes. Cette différence ne s'explique que littéralement : l'article 173 établit, pour les oppositions, une hiérarchie qu'on ne retrouve pas dans l'article 191.

Il est à noter un cas où certains ascendants ne pourraient pas invoquer la nullité : c'est celui où ils avaient donné leur consentement au mariage d'un impubère; ceux-là ne sauraient pas mettre en action la nullité d'une union dont ils sont responsables dans une large mesure (art. 186).

814. 3° **Le conseil de famille.** — A vrai dire, il n'est pas explicitement mentionné dans les articles 184 et 191; mais ces textes accordent l'action en nullité à tous les intéressés, et il est difficile de nier que le conseil de famille rentre dans cette catégorie; de plus, l'article 186 refuse à ce con-

seil le droit d'invoquer la nullité pour cause d'impuberté dans le cas spécial où il avait consenti au mariage de l'impubère; c'est donc que ce droit lui appartiendrait s'il n'avait donné son consentement; et, s'il peut faire valoir la nullité pour cause d'impuberté, il est difficile de lui refuser celui d'exiper de toutes autres nullités absolues.

Seulement, il ne peut intervenir qu'à défaut d'ascendants : son action ne saurait être que *subsidiaire*.

815. 4° **Les collatéraux.** — Avec les collatéraux, nous arrivons à une catégorie moins favorisée que les précédentes : la loi ne leur permet d'agir que s'ils ont « *un intérêt né et actuel* » (art. 187), ce qui revient à dire qu'on ne tient compte, avec eux, que d'un *intérêt pécuniaire*, à l'exclusion d'un intérêt moral (Civ. 9 novembre 1887, *D. P.* 1888, 1, 161).

La loi semble mettre une autre limitation aux droits des collatéraux : ils ne pourraient en aucun cas agir du vivant des époux, du moins en ce qui concerne les vices d'impuberté, d'inceste et de bigamie (art. 187 qui se réfère aux éventualités visées dans l'art. 184). Mais on s'accorde à reconnaître qu'en formulant cette réserve, le législateur a procédé à une constatation de fait plutôt qu'il n'a édicté une règle de droit : pratiquement, dans l'immense majorité des cas, c'est seulement après le décès de l'époux, dont les collatéraux étaient les parents, qu'apparaîtra, au profit de ceux-ci, un intérêt pécuniaire à nier la validité du mariage; ils prétendent recueillir la succession du défunt et dans ce but, ils invoquent la nullité de l'union afin d'écarter, soit le conjoint survivant, soit même, dans une certaine mesure, voire complètement, s'ils sont des parents rapprochés, les enfants issus du mariage, lesquels, par suite de la nullité, deviendraient des enfants naturels. C'est bien, en fait, dans cette occurrence, donc après le décès de l'époux, que les intérêts pécuniaires des collatéraux s'affirmeront; mais il n'est pas impossible qu'ils se manifestent *du vivant même des deux époux* : et on admet alors, dans cette éventualité exceptionnelle, que la formule de l'article 187 ne ferait pas obstacle à leur intervention (Civ., 25 mars 1889, *S.* 1890, I, 145; *D. P.* 1890, 1, 227).

816. 5° **Les enfants nés d'un premier lit.** — Ils sont admis à invoquer la nullité, mais, comme les collatéraux, à condition de justifier d'un *intérêt né et actuel*, c'est-à-dire d'un intérêt pécuniaire, se détachant nettement de l'intérêt moral et dès maintenant existant (art. 187). Seulement,

pour eux, plus fréquemment que pour les collatéraux, cet intérêt peut exister du vivant même des époux, par exemple au cas du prédécès de l'un d'eux : les survivants ont intérêt à invoquer la nullité du second mariage; ils réduisent ainsi les enfants du second lit à la condition d'enfants naturels, et, du même coup se trouvera réduite la vocation héréditaire de ces derniers (Comp., Montpellier, 21 juin 1928, *D. H.* 1928, 552).

817. 6° **Les créanciers des époux.** — Ils rentrent dans la catégorie des intéressés de l'article 184, et leur intérêt revêt, bien évidemment, une signification pécuniaire. C'est, par exemple, un *créancier de la femme*, qui a contracté avec celle-ci alors qu'elle n'était pas autorisée et qu'elle était donc frappée d'incapacité; à la demande d'annulation du contrat, il répondra en objectant la nullité du mariage. Si ses prétentions sont admises, il aura traité avec une femme non mariée dont l'engagement assumé en pleine capacité sera donc valable. Ou bien c'est un *créancier du mari* que gêne l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles de celui-ci : il lèvera l'obstacle en arguant de la nullité du mariage.

En pareil cas, le créancier agit *de son propre chef*; il est beaucoup plus douteux qu'il soit fondé à agir du chef de l'époux qui est son débiteur, en exerçant obliquement l'action qui appartient à celui-ci, par application de l'article 1166; on verra, en effet, que cette procédure n'est pas admise pour les actions *exclusivement attachées à la personne*, et l'on peut estimer qu'une action en nullité de mariage rentre bien dans cette catégorie (même texte). Cependant, la Cour de cassation a admis l'emploi de cette procédure oblique (Civ., 30 juillet 1900, *S.* 1902, 1, 225, note A. Wahl; *D. P.* 1901, 1, 317, conclusions de l'avocat général Desjardins).

818. 7° **Certains acquéreurs.** — Un acquéreur de la *femme* qui veut échapper à l'*inaliénabilité dotale*, ou un acquéreur du *mari* désireux de se libérer de l'emprise de l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles du mari : l'un comme l'autre arriveront à leurs fins en faisant tomber le mariage, source de l'inaliénabilité et de l'hypothèque.

819. 8° **Le ministère public** (art. 184, 190 et 191). — L'intervention du procureur de la République se justifie par les nécessités de l'*ordre public* et pour faire cesser un *scandale*. Aussi comprend-on qu'elle ne soit admise que « *du vivant des deux époux* » (art. 190) : en effet, lorsque le

mariage a pris fin par le décès de l'un des conjoints, le scandale, tel qu'il résultait notamment de la bigamie ou de l'inceste, a pris fin, et une action en nullité aurait l'inconvénient de le renouveler; elle présenterait peu d'avantages et beaucoup d'inconvénients.

820. — En terminant, nous rappelons qu'il est un cas où l'action en nullité devient le *monopole d'une seule personne* : c'est celui où le conjoint d'une personne *absente* s'est remarié : il résulte de l'article 139 que, seul, l'époux absent peut attaquer la seconde union, soit lui-même, soit par l'intermédiaire d'un mandataire; seulement cette règle, telle que l'entend la jurisprudence, n'a pas grande signification; ni tant que dure vraiment l'absence, car le droit de l'intéressé est alors purement théorique; ni lorsqu'elle a cessé, parce qu'il est admis que le droit commun reprend alors son empire : l'action en nullité appartient désormais à tous les intéressés que nous venons d'énumérer, y compris le ministère public. Le monopole de l'absent est donc limité à la période pendant laquelle il lui est, par hypothèse même, impossible de l'utiliser.

821. En résumé, on voit que, si le Code civil s'en est référé, pour la détermination des personnes pouvant exciper de la nullité absolue, aux principes généraux du droit, il ne l'a fait que sous le bénéfice de précisions qui, comme nous l'annoncions, équivalent à des limitations : chacun ne peut agir que dans la limite des intérêts dont il est considéré comme ayant la garde, c'est-à-dire parfois dans la limite des intérêts d'ordre pécuniaire, ou bien, en ce qui concerne le procureur de la République, dans celle de l'ordre public : somme toute, c'est un resserrement, une contraction du droit commun que réalisent, en cette matière, les règles spéciales que nous venons d'analyser.

822. II. La nullité absolue peut-elle être couverte par une confirmation quelconque? — Principe. — Sur ce point, plus que sur le précédent, les nullités absolues de mariage se rapprochent des nullités absolues en général : le mariage absolument nul ne saurait être confirmé, ni *expressément*, ni *tacitement*, ni par l'écoulement d'un *délai de dix années* : la prescription décennale de l'article 1304, à base de confirmation, ne lui est pas secourable. Enfin, la *dissolution* même du mariage ne fait pas obstacle à la demande en nullité.

823. Dérogations. — Il est cependant des solutions dérogatoires au droit commun :

1° Nous avons signalé que le ministère public ne peut plus agir lorsque l'union irrégulière a été dissoute (*Sup.* n° 819) ;

2° Il est trois vices qui sont susceptibles de se couvrir, à dire vrai non par l'action du temps, mais par des circonstances déterminées : ce sont l'*impuberté*, la *clandestinité*, l'*incompétence* de l'officier de l'état civil.

824. A. **L'impuberté.** — Deux circonstances sont susceptibles de couvrir ce vice et de consolider l'union qui en était entachée.

1. C'est d'abord l'arrivée de l'époux impubère à *l'âge de la puberté*, ou, plus exactement, l'écoulement d'un délai de *six mois* à partir du moment où il a atteint cet âge (art. 185). Il serait bien rigoureux de faire tomber le mariage à une époque où il pourrait être valablement contracté.

2. C'est ensuite, en ce qui concerne la femme, son *état de grossesse*, et cela quand bien même il surviendrait avant qu'elle n'eût atteint l'âge légal de la puberté. L'événement démontre que les époux ont eu raison contre la loi; le mariage est désormais hors d'atteinte, immédiatement, sans qu'il soit question de faire intervenir le délai de six mois prévu pour le cas de validation précédent (art. 185).

Mais c'est seulement la nullité provenant de l'impuberté de la femme qui est ainsi couverte, non celle qui viendrait sanctionner l'impuberté du mari; à la différence de la maternité, la paternité est un fait obscur, et la loi redoute un adultère possible de la part de la femme; elle écarte ici la présomption de paternité du mari, ce qui est plutôt rigoureux.

825. B. et C. **La clandestinité et l'incompétence** de l'officier de l'état civil. Ces vices sont couverts par la *possession d'état* : du moment que les époux vivent publiquement comme mari et femme, qu'ils se comportent comme un ménage régulier, qu'ils sont considérés comme tels, leur union ne peut plus être attaquée pour cause de clandestinité ou d'incompétence, à condition que la possession d'état soit constante et continue (Req. 28 nov. 1899, *D. P.* 1900, 1, 472; 7 janv. 1929, *D. P.* 1929, 50).

C'est ainsi du moins que notre jurisprudence comprend l'article 196 aux termes duquel « *lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respective-*

ment non recevables à demander la nullité de cet acte ». En réalité, ce texte signifie tout autre chose que ce qu'on veut lui faire dire : il vise ostensiblement la nullité, non pas du *mariage* lui-même, mais, ce qui est bien différent, de l'*acte de mariage*; il décide que les vices dont cet acte instrumentaire peut être atteint sont couverts par la possession d'état; pour se convaincre de sa portée et de sa signification, il suffit de le lire et, en outre, de le rapprocher de l'article 195, lequel s'occupe uniquement de l'*acte de célébration* et dont il constitue le complément : les deux textes se meuvent dans le même ordre d'idées et ne statuent que pour l'acte de mariage. Mais la jurisprudence, dans le but respectable d'assurer la solidité du mariage, fait semblant de ne pas comprendre; elle applique au mariage lui-même une disposition qui n'a été écrite que pour le document rédigé par l'officier de l'état civil à son occasion. Seulement, ce n'est plus de l'interprétation *extensive*, c'est de l'interprétation *à côté*, de la *transposition*; nous persistons, malgré les critiques qui nous furent adressées à ce sujet, à lui préférer, avec la majorité des auteurs, l'interprétation que l'on a cru pouvoir qualifier de « franchement rétrograde » (Gény, note citée *inf.*) et qui s'inspire de cette idée simple, primaire si l'on veut, qu'un texte de loi clairement rédigé doit être appliqué tel quel, et non point dénaturé. D'ailleurs, si vraiment l'article 196 appelle l'interprétation extensive, pourquoi s'arrêter à mi-chemin et ne pas appliquer la fin de non-recevoir qu'il institue, même aux vices de *fond* du mariage, d'autant plus que certains d'entre eux sont sanctionnés par une nullité simplement relative? Et cependant aucun auteur ne prétend aller jusque-là; c'est sans doute que le texte de la loi a tout de même une certaine valeur, surtout lorsqu'il est exempt d'ambiguïté (Req. 8 nov. 1853, *D. P.* 1854, 1, 420, *S.* 1856, 1, 17; 7 janv. 1929, précité; Civ. 1er août 1930, *S.* 1931, 1, 329, note Gény; *D. P.* 1931, 1, 169, note Lalou; Paris, 20 juin 1873, *D. P.* 1873, 2, 59; Lyon, 29 déc. 1881, *D. P.* 1882, 2, 113; Bourges, 13 juill. 1891, *D. P.* 1892, 2, 599).

826. — Du moins faut-il se garder d'exagérer la portée de cette jurisprudence : la fin de non-recevoir de l'article 196 n'est opposable qu'aux époux eux-mêmes, non si l'action en nullité était exercée par toutes autres personnes : la lettre du texte impose à cet égard et avec une force particulière, l'interprétation la plus étroite : ce sont les époux seulement qui sont « *respectivement non recevables à demander la nullité...* » Lyon, 4 avril 1867 (S. 1867, 2, 290).

827. — En somme, lorsque les vices d'impuberté, de clandestinité et d'incompétence sont ainsi couverts, on ne peut pas dire qu'il y ait *confirmation*, ce qui impliquerait, de la part des intéressés, la renonciation à l'action en nullité qui leur appartient; il s'agit bien plutôt d'une *validation* particulière, prononcée par la loi elle-même, directement, mais qui n'en fait pas moins échec au droit commun des nullités : une nullité absolue ne devrait jamais se couvrir.

828. III. **La nullité absolue peut-elle disparaître par l'effet de la prescription trentenaire?** — C'est là une question dont les auteurs ne se préoccupent guère; ceux qui l'ont abordée, la résolvent par la négative. (Aubry et Rau, 4e éd., t. V, p. 64; Demolombe, t. III, nos 313 et s.).

C'est qu'en effet, on ne concevrait pas qu'un vice tel que la bigamie ou l'inceste disparût par l'effet du temps et que l'union qui en était infectée pût un jour prendre figure d'union régulière. Il s'agit là de nullités d'*ordre public*, auxquelles Portalis appliquait les qualificatifs de *continues* et *indéfinies* (Locré, t. IV, p. 373 et 515) : aucun texte d'ailleurs ne fait allusion à leur disparition; si certaines dispositions édictent des fins de non-recevoir, opposables à telle ou telle personne, il n'en est pas qui, réserve faite de l'impuberté, effacent le vice lui-même et passent l'éponge sur le passé, d'une façon absolue.

A cet égard, c'est donc le droit commun qui régit les nullités absolues de mariage.

829. IV. **Le mariage est-il nul de plein droit? Ou bien la nullité doit-elle en être prononcée par le tribunal?** — La question que nous posons ainsi se trouve, semble-t-il, sous la dépendance de celles que nous venons d'examiner, de la précédente notamment : si la nullité est définitive, irrémédiable, *indéfinie*, c'est qu'il n'existe pas à vrai dire d'action en nullité, sans quoi cette action serait éteinte après trente années en application de l'article 2262, aux termes duquel toutes les actions sont prescrites par l'écoulement de ce laps de temps; et, s'il n'existe pas d'action en nullité, d'action tendant à faire prononcer l'inefficacité de l'acte, c'est que celui-ci est donc nul de droit, indépendamment de toute décision judiciaire : le tribunal, s'il est saisi, se bornera à *constater* l'existence de la nullité; il n'aura pas à la *décréter*; le jugement qu'il rendra sera *déclaratif* et non *constitutif*, créateur d'un état de choses nouveau (*Sic.* Léon Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, *Rev.*

trim., 1929, p. 37; PLANIOL et RIPERT, t. II, nos 1045 et suiv.; DEMOLOMBE, t. III, nos 313 et suiv.).

830. — Cependant, l'opinion contraire, d'après laquelle la nullité absolue doit être *prononcée* par le tribunal, de même qu'une simple annulabilité, compte des partisans autorisés (AUBRY et RAU, 5e éd., t. VII, § 463), et c'est en ce sens qu'incline la jurisprudence : pour elle, « tout aboutit, en définitive, à une action en nullité » (Bordeaux, 25 juin 1884, *D. P.* 1888, 1, 161).

Il faut d'ailleurs reconnaître que cette thèse s'appuie sur des arguments qui permettent l'hésitation et qui sont même fort impressionnants :

1° Sur les travaux préparatoires, notamment sur une affirmation de Tronchet : « Jamais le mariage n'est nul de plein droit; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire. » (FENET, t. IX, p. 53);

2° Sur cette particularité que le mariage nul est parfois susceptible d'être validé par certaines circonstances ultérieures (*Sup.* nos 823 et suiv.) et que le droit d'exciper de son inefficacité est réservé à certaines catégories de personnes déterminées (*Sup.* nos 811 et suiv.);

3° Sur les effets que le Code civil fait produire aux mariages nuls, lorsqu'ils ont été contractés de bonne foi par les époux : la nullité n'opère alors que pour l'avenir; les effets produits jusqu'au jugement de nullité subsistent définitivement (*Inf.* nos 858 et suiv.) : c'est donc que le mariage avait, jusque-là, une certaine valeur; il n'était pas nul de droit;

4° Enfin, sur cette autre particularité qu'au cas de *clandestinité* et d'*incompétence*, la nullité est *facultative* pour le tribunal.

831. Caractère facultatif de la nullité basée sur la clandestinité ou l'incompétence de l'officier de l'état civil. — La jurisprudence admet que le juge, saisi d'une demande en nullité basée sur la clandestinité ou l'incompétence n'est pas tenu d'y faire droit, *quand bien même les faits allégués seraient reconnus exacts*; il jouit, à cet égard, d'un pouvoir d'appréciation sans limites; la solution à intervenir est affaire d'opportunité. Cette jurisprudence se recommande de l'article 193 aux termes duquel une amende peut être infligée à l'officier de l'état civil et aux parties, pour toute contravention aux règles de l'article 165 — c'est-à-dire pour la clandestinité ou incompétence — « *lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour*

faire prononcer la nullité du mariage ». C'est donc que cette nullité n'est point de rigueur, c'est qu'elle n'est point impérative. Et il faut reconnaître que cette solution vient à l'appui de la thèse qui repousse l'idée d'une nullité de plein droit : du moment que le tribunal jouit d'une telle latitude, c'est que ladite nullité n'existe pas en dehors de sa décision. Seulement, l'argument, à supposer qu'il soit relevant, devrait être limitée aux vices prévus par l'article 193 : clandestinité et incompétence.

831*bis*. Observation. — Il faut signaler que, pour la jurisprudence, la nullité du mariage ne peut être prononcée que sur une action principale introduite à cet effet; elle ne saurait être objectée par voie d'exception, incidemment à une autre demande, par exemple à une demande en divorce (Req. 7 mars 1932, *D. H.* 1932, 268).

N° 3. — *Les mariages atteints de nullité relative*

832. — Ici encore, nous rechercherons :
1° Quels sont les cas de *nullité relative*;
2° Quelles *règles* leur sont applicables.

I. Détermination des cas de nullité relative

833. Idée générale. — Les causes de *nullité relative* du mariage se ramènent toutes à des *vices du consentement*, du moins si, comme nous l'avons fait, on voit dans l'*incapacité* de l'une des parties, un vice comme un autre (*Sup.*, n° 127).

Le point de départ du sujet est donc une discrimination, un rappel des vices du consentement : *erreur*, *dol*, *violence*, *lésion*, et aussi, à notre sentiment, *incapacité*.

833*bis*. Eliminations. — En matière de mariage, il faut éliminer la *lésion*, notion d'*ordre pécuniaire*, qui n'a rien à voir avec l'*union des personnes*.

A l'inverse, on comprendrait que le *dol* fût pris en considération, conformément au droit commun; mais c'est un principe traditionnel, rappelé par Loysel, que « *En mariage, il trompe qui peut* »; la sagesse des nations ne coïncide pas, sur ce point, avec les exigences d'une moralité, même moyenne; sans doute a-t-elle considéré que le mariage est un acte dont la solidité, la stabilité sont particulièrement désirables et qu'il importe de fermer la porte aux récriminations différées et aux repentirs tardifs; il n'en est pas moins choquant de voir une institution comme le mariage

devenir, de par le consentement du législateur, la terre d'élection de l'intrigue et de la fraude.

Ces deux vices de la *lésion* et du *dol* étant exclus, il reste la *violence*, l'*erreur* et l'*incapacité*.

834. I. **La violence.** — Ce vice est prévu dans l'article 180, § 1, qui consacre, en matière de mariage, l'application du droit commun : notamment, il y aurait lieu de faire intervenir, à l'occasion, l'article 1114 qui écarte du domaine de la violence « *la seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou tout autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée...* » Le mariage ne saurait être attaqué par l'un des époux sous le prétexte qu'un de ses ascendants a usé de son autorité pour peser sur sa volonté.

Le *rapt* ne constitue pas, en lui-même, une cause spéciale de nullité du mariage : la victime ne peut obtenir l'annulation que si son *consentement au mariage* lui a été extorqué par la violence.

835. II. **L'erreur.** — Ce n'est pas la théorie générale de l'erreur (art. 1110) qui s'applique en matière de mariage, mais un régime spécial institué dans l'article 180, § 2.

Il ressort de ce texte que, seule, l'« *erreur dans la personne* » est dirimante; mais ces expressions doivent être précisées.

836. Les trois conceptions possibles.

1° Dans une première interprétation, la plus étroite, l'article 180 viserait uniquement l'erreur sur l'*identité de la personne physique*; c'est-à-dire la substitution d'une personne à une autre lors de la cérémonie.

2° Un système de plus vaste envergure ajoute à l'erreur précédente celle qui porte sur l'*identité de la personne*, envisagée *au point de vue juridique*, comme si un aventurier se procure l'acte de naissance, les papiers d'un homme considéré et se présente donc sous le nom d'autrui.

3° Enfin, on conçoit un régime plus compréhensif dans lequel on considérerait comme de nature à vicier le consentement l'erreur portant sur une *qualité essentielle* de la personne : sur sa *nationalité*, sur sa *religion*, sur le *caractère de sa filiation* (elle est *naturelle* alors qu'on la croyait *légitime*), sur le *passé*, sur l'*honorabilité*, en un mot sur ce qu'on pourrait appeler les *qualités matrimoniales*, c'est-à-dire celles qui ont joué un rôle décisif dans la détermination du conjoint abusé.

837. Choix à faire entre les trois conceptions. — 1° Il est impossible de s'en tenir à la première position, de limiter l'application de l'article 180, § 2, à l'erreur sur l'identité de la personne physique : 1. D'abord, parce que l'éventualité prévue — la substitution sous le voile de la mariée — est à peu près irréalisable, en dehors du théâtre ou du cinéma; en s'en tenant strictement à elle, on enlèverait toute signification pratique à la disposition légale; 2. Puis, parce que l'article 181 accorde à l'époux abusé un délai de six mois, « *depuis que l'erreur a été par lui reconnue* », pour agir en nullité, ce qui suppose évidemment que l'erreur est susceptible de se prolonger pendant un certain temps après la célébration du mariage; or, cette possibilité ne cadre pas du tout avec le cas de substitution de personne physique; la supercherie serait alors découverte presque aussitôt.

2° Force est donc d'admettre que l'erreur sur l'identité civile de la personne vicie, elle aussi, le consentement; et c'est bien en ce sens que se prononcent la jurisprudence et la majorité des auteurs (Trib. civ. de la Seine, 9 mars 1923, *S.* 1923, 2, 16 : dans l'espèce, la mariée avait usurpé l'état civil d'une personne décédée).

3° Au contraire, la jurisprudence dominante ne tient pas compte de l'erreur portant sur les seules qualités matrimoniales, si essentielles soient-elles, et quand bien même elles contribueraient à former l'identité civile, juridique de la personne.

Anciennement, il y eut bien des hésitations, certains tribunaux ayant admis la nullité demandée par un mari qui avait épousé une fille naturelle croyant se marier avec une enfant légitime ou bien qui s'était aperçu de la grossesse prématurée de sa femme, grossesse remontant au delà du mariage et ignorée de lui. Mais la Cour de cassation, par un arrêt fameux, a répudié, en audience solennelle, ces tendances subjectives, à l'occasion d'une union contractée par une jeune fille qui, croyant épouser un honnête homme, s'était unie à un malfaiteur dont le casier judiciaire accusait une condamnation aux travaux forcés (Ch. réunies, 24 avril 1862, *S.* 1862, 1, 341; *D. P.* 1862 1, 153); et la décision serait la même si l'un des conjoints était enfant naturel alors que l'autre le croyait enfant légitime (Bordeaux, 21 mars 1866, *S.* 1866, 2, 209; *D. P.* 1866, 2, 87).

838. — Cette jurisprudence s'explique par le désir d'assurer la *stabilité* du mariage, de le soustraire aux fantaisies, aux repentirs individuels : là où le dol n'est pas pris en con-

sidération (*Sup.* n° 833*bis*), on comprend que la simple erreur devienne indifférente. Et ce sont là sans doute de légitimes préoccupations; mais il est dangereux et peu rationnel d'imposer aux époux le maintien d'une union qui est viciée dans son principe et dans son essence : la vie commune est plus intolérable à la jeune fille qui a épousé d'aventure un forçat qu'à celle qui s'est trompée sur l'état civil de son mari, et cependant on lui permet de rompre la chaîne dans cette dernière éventualité, alors qu'on l'y retient dans la première. Il est vrai que le divorce sera alors pour elle une porte de sortie, mais nous verrons que cette solution n'est pas de nature à lui donner les mêmes satisfactions, sans compter que ses convictions religieuses peuvent lui en interdire l'utilisation.

839. Droit comparé. — Aussi comprend-on que certaines législations étrangères admettent le caractère dirimant de l'erreur portant sur les qualités matrimoniales essentielles; on trouve des dispositions de ce genre dans le *Code civil allemand* dont l'article 1333 permet à l'époux de contester le mariage s'il a été induit en erreur sur les qualités personnelles de son conjoint, lorsque ces qualités sont telles qu'il eût été détourné de l'union s'il avait eu connaissance de la réalité et qu'il eût fait « une appréciation raisonnable de l'essence du mariage »; et dans le *Code civil suisse* dont l'article 124 accorde l'action en nullité à l'époux, victime d'une erreur relative à des qualités si essentielles que leur défaut lui rend la vie commune insupportable.

840. Symptômes d'évolution dans notre jurisprudence française. — En ces dernières années, on peut relever, chez certains de nos tribunaux, une tendance à reconnaître une valeur dirimante à l'erreur sur la *nationalité* de l'un des époux, non pas invariablement, mais lorsque la connaissance de la situation véritable eût sans ldoute déterminé l'époux trompé à abandonner le projet de mariage, comme si une femme épouse, en pleine guerre, un homme de pure race allemande, alors qu'elle pensait s'unir à un Alsacien; si, au contraire, la méprise s'était produite pendant une période de paix, la nullité ne serait plus encourue, car il ne serait pas établi que la nationalité du mari eût alors joué un rôle décisif (Comp. trib. civ. Seine, 4 fév. 1918 et 2 janv. 1920, *motifs*, *D. P.* 1920, 2, 78) : ce qui revient à dire que tout se ramène à une affaire de *mobiles* : l'erreur sur les qualités d'un époux devient dirimante lorsqu'elle a faussé la volonté de la victime en l'aiguillant dans une fausse direc-

tion. (Voy. cependant, en sens contraire, trib. régional de Strasbourg, 21 déc. 1920, *D. P.* 1923, 2, 161, note NAST.)

841. — III. Après la violence et l'erreur, il resterait à parler de l'*incapacité* : mais c'est là un vice que nous avons étudié à l'avance en nous occupant des empêchements au mariage : l'union contractée par un mineur de vingt et un ans non autorisé est annulable (*Sup.* n^os^ 724 et suiv.).

II. Règles applicables aux cas de nullité relative

841*bis*. Rappel. — D'après le droit commun, l'action qui sanctionne les nullités relatives n'est accordée qu'à *certaines personnes*; la simple annulabilité se couvre par la *confirmation*, expresse, tacite ou présumée, ainsi que par la *prescription* ordinaire; enfin, aussi longtemps que l'acte n'est pas annulé par le tribunal, il produit, à titre provisoire, tous ses effets, sauf à disparaître ensuite rétroactivement lorsque intervient le jugement d'annulation (*Sup.* n^os^ 138 et suiv.).

Ces règles sont-elles applicables au mariage atteint d'un vice qui en détermine la nullité relative?

842. I. **L'annulation doit être prononcée.** — En ce qui concerne la dernière de ces règles, aucun doute n'est possible : aussi longtemps que le mariage n'est pas annulé judiciairement, il subsiste et il produit ses effets normaux; il est donc parfaitement exact de dire que tout se ramène ici à une action en nullité : les articles 181 et 183 parlent de « *demande en nullité* », d' « *action en nullité* »; sous ce premier aspect, le mariage annulable est traité ainsi que tout autre acte annulable.

843. II. **Qui peut agir en nullité?** — La loi s'est montrée très parcimonieuse lorsqu'il s'est agi de déterminer les personnes munies de l'action.

S'agit-il d'un mariage entaché de violence ou d'erreur? En ce cas, seule, la victime est qualifiée pour agir (art. 180, §§ 1 et 2).

L'union a-t-elle été contractée par un mineur non autorisé? L'action en nullité appartient alors, par la force des choses, à deux catégories de personnes : 1° à celui ou à ceux dont le consentement était requis et dont l'autorité a donc été méconnue; 2° à celui des époux qui avait besoin de ce consentement pour contracter un mariage valable (art. 182).

844. Interprétation limitative. — Et c'est tout : l'énumération légale est considérée, à bon droit, comme *limitative*. L'action en nullité est donc refusée :

1° Au *conjoint* du titulaire de l'action en nullité : ce n'est pas dans son intérêt que la nullité a été édictée, ce n'est pas lui que l'on a voulu protéger;

2° Aux *créanciers* du conjoint à qui appartient l'action en nullité : d'une part, aucun texte ne leur permet, comme au cas de nullité absolue (*Sup.* n° 817) d'agir de leur chef; d'autre part, ils ne sauraient agir obliquement, du chef de leur débiteur et en vertu de l'article 1166, car l'action en nullité est une de ces actions exclusivement attachées à la personne qui ne se dissocient pas de leur titulaire (n° 817);

3° Aux *héritiers*. Certainement, il ne leur appartient pas de prendre l'*initiative de l'action*; mais on peut même soutenir qu'ils sont sans qualité pour continuer l'instance engagée régulièrement par leur auteur, aujourd'hui décédé, avant que le tribunal n'ait rendu sa décision. Sans doute, il est de tradition que les actions, une fois déduites en justice, résistent aux causes d'extinction dont elles étaient antérieurement menacées « *actiones quae morte pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent* » : il semble donc que les héritiers puissent continuer et achever l'œuvre commencée, et certains auteurs les y admettent, en effet; mais les partisans de l'opinion restrictive font observer que la règle invoquée : « *actiones quae morte pereunt...* » était strictement romaine, car elle s'expliquait par le caractère novatoire de la *litis contestatio*; elle n'a donc plus rien à faire dans notre droit. D'autre part, l'action en nullité d'un mariage n'a qu'un intérêt pécuniaire d'ordre secondaire; lorsque l'époux, dépositaire de l'intérêt moral en cause a disparu, cette action devient sans objet (*Contra*, ROUAST, n° 292);

4° Au *ministère public*. Pour les raisons exposées, il serait sans qualité pour intenter l'action ou même pour intervenir dans l'instance précédemment engagée;

5° Enfin, lorsqu'un mariage a été contracté par un mineur non autorisé, on décide que l'action en nullité accordée par la loi à l'ascendant ou aux descendants qualifiés pour autoriser, ne passe pas, au cas de décès, aux ascendants du degré plus éloigné. On déduit cette solution d'une interprétation littérale de l'article 182 qui accorde l'action en nullité à « *ceux dont le consentement était requis* » : la dévolution ne s'accomplit donc pas, par exemple, du père au grand-père.

845. — En somme, l'action en nullité est accordée, en matière de mariage, plus parcimonieusement que pour toute

autre catégorie d'acte, et cela parce qu'elle sanctionne des intérêts moraux dont un très petit nombre de personnes peuvent se réclamer; elle n'a pas un caractère patrimonial, et c'est pourquoi, notamment, elle échappe aux créanciers et même aux héritiers. Ici encore, le droit commun comporte donc des dérogations.

846. III. Confirmation. — La nullité est-elle susceptible de se couvrir soit par une confirmation effective, soit par une brève prescription basée sur une présomption de confirmation?

A ce point de vue encore, la nullité relative de mariage se rapproche de la théorie générale, mais sous le bénéfice de certaines dérogations, de quelques particularités importantes.

847. Dérogations au droit commun.

1° *Prescription confirmative.* — D'ordinaire, l'action en nullité d'un contrat se prescrit par *dix ans* (art. 1304). Lorsqu'il s'agit d'un mariage, ce délai est singulièrement abrégé : il est ramené à *six mois* pour les vices du consentement proprement dits, *erreur et violence* (art. 181), et à *une année* lorsque c'est le *consentement* des personnes qualifiées pour autoriser le mineur qui a fait défaut (art. 183).

Le *point de départ* de ces courtes prescriptions varie suivant les cas : s'il y a eu *violence*, c'est le jour où celle-ci a cessé; s'il y a eu *erreur*, c'est celui où elle a été dissipée (art. 181); en cas de *minorité*, c'est, pour l'action de l'incapable, le jour de sa majorité, pour celle des ascendants dont le consentement était requis, celui où ils ont eu connaissance du mariage (art. 183). Bien entendu, la prescription n'est acquise, à l'expiration du délai, qu'autant qu'il n'y a eu aucune réclamation de la part des titulaires de l'action; toute intervention de leur part rendrait impossible la présomption de confirmation que la loi attache à l'écoulement du temps (art. 183).

De plus, et dans les cas de *violence* ou d'*erreur*, la confirmation n'opère qu'autant que, pendant le délai de six mois, il y a eu *cohabitation continue* entre les époux : s'ils vivent séparés, la présomption de confirmation n'est plus de mise. A ce point de vue, la nullité pour *défaut de consentement* des personnes appelées à habiliter le mineur, est gouvernée par des règles différentes; la prescription accomplit son œuvre quand bien même les époux auraient cessé la vie commune : l'article 183, à la différence de l'article 181, n'exige pas la cohabitation, et l'on s'accorde

à faire prévaloir, à cette occasion, une interprétation restrictive, d'autant plus que les situations ne sont pas les mêmes dans les deux éventualités : l'époux mineur qui s'est marié sans autorisation, ne peut pas, à la différence de celui qui a subi une violence ou une erreur, faire figure de victime; son silence prolongé est éloquent, à lui seul, et abstraction faite de toute autre considération.

848. — 2° *Confirmation effective.* — Elle peut intervenir *expressément* ou *tacitement*.

a) La loi a prévu la confirmation, *expresse* ou *tacite*, dans les termes du droit commun, *pour le cas de mariage d'un mineur non autorisé, mais seulement en ce qui concerne l'action en nullité appartenant à ceux dont l'autorité a été méconnue* (art. 183); les titulaires de cette action peuvent y renoncer, et cette renonciation a des effets particulièrement étendus : elle s'étend jusqu'à l'incapable lui-même qui se voit enlever, du même coup, l'action que la loi lui conférait, en sorte que le mariage devient désormais inattaquable (même texte). Ce phénomène juridique se produit d'ailleurs sans réciprocité : bien que l'acte soit confirmé du côté de l'époux mineur et en ce qui le concerne, il continue à pouvoir être attaqué par les ascendants dont le consentement était requis; on considère qu'ils sont les titulaires par excellence d'une action qui constitue la sanction de leur autorité méconnue.

849. — *b*) La question de la confirmation se pose, *dans le silence de la loi*, en dehors de l'éventualité régie par l'article 183, c'est-à-dire : 1° au cas d'incapacité, pour l'époux incapable; 2° au cas d'erreur ou de violence, pour la victime de ces vices.

Dans l'opinion dominante, les solutions suivantes ont cours :

1° La confirmation *expresse* serait toujours possible, aussi bien pour les cas d'erreur ou de violence que, de la part de l'incapable, pour défaut d'autorisation; il est d'ailleurs bien entendu que, dans cette dernière éventualité, la renonciation à l'action en nullité n'est possible qu'autant que l'époux a atteint l'âge de la majorité, sans quoi l'acte confirmatif serait atteint de la même imperfection que l'acte à confirmer;

2° Quant à la confirmation *tacite*, on en écarte la possibilité dans les cas de *violence* ou d'*erreur* : l'article 181 établit, en pareille matière, un système qui se suffit à lui-même et qu'il ne saurait être question de compléter par des

emprunts faits au droit commun : ni la cohabitation des époux, ni la grossesse de la femme n'entraînent confirmation du mariage.

Au contraire, la plupart des auteurs admettent la confirmation tacite du mariage contracté par l'époux mineur non autorisé, par exemple à raison de la cohabitation. Cette différence de traitement pour les vices du consentement proprement dits et pour l'incapacité est d'ailleurs bien difficile à justifier en raison : logiquement, les deux éventualités devraient comporter un même régime.

850. Résumé. — A travers les controverses, une certitude se fait jour : le droit commun est sensiblement amendé en matière de mariage, puisque, d'une part les délais de la prescription sont considérablement abrégés, puisque, d'autre part et à l'inverse, la confirmation tacite voit ici son rôle très limité, soit, certainement, pour les cas d'erreur ou de violence, soit, de l'avis de certains auteurs, pour le cas de défaut de consentement des personnes qualifiées pour autoriser.

Il faut aussi noter que l'action en nullité des ascendants commande en quelque sorte à celle de l'époux lui-même, ainsi que nous en avons fait déjà l'observation (*Sup.*, n° 848).

851. IV. **Prescription.** — Si les conditions requises pour l'accomplissement des brèves prescriptions de six mois ou d'une année ne se trouvent pas réalisées dans l'espèce, ne faut-il pas décider que, du moins, le champ est ouvert aux prescriptions plus longues du droit commun? Si, par exemple, le mariage étant entaché d'erreur ou de violence, les époux cessent la vie commune, ne faut-il pas dire que la demande en nullité, soustraite à la prescription confirmative de six mois de l'article 181, tombe du moins sous le coup, soit de la prescription décennale de l'article 1304, soit, en désespoir de cause, de la prescription trentenaire de l'article 2262?

On a nié qu'il pût en être ainsi, en invoquant la règle de l'*imprescriptibilité* des actions qui intéressent l'*état* des personnes. Mais autre chose est une action qui sanctionne une qualité indélébile, comme celle qui ressort de la filiation, autre chose l'action qui tend à faire tomber un contrat, ce contrat eût-il l'importance du mariage. Aussi est-il généralement admis que la prescription proprement dite trouve ici son emploi; mais on hésite entre la prescription décennale de l'article 1304 et la prescription trentenaire du

droit commun. Pour ceux qui dénient au mariage le caractère d'une convention, c'est la dernière solution qui est seule acceptable, car l'article 1304 ne vise que l'action en nullité d'une *convention* (*Sic.* ROUAST, n° 294); pour nous, qui avons rangé le mariage au nombre des contrats, ce scrupule n'existe pas, mais nous pensons cependant, contrairement à l'opinion adoptée dans notre première édition, que, seule, la prescription trentenaire est ici utilisable, la prescription décennale, à base de confirmation, se trouvant suppléée avantageusement par les plus brèves prescriptions des articles 181 et 183 qui en constituent comme un modèle réduit.

§ III. — CONSÉQUENCES ATTACHÉES À L'INEXISTENCE OU À LA NULLITÉ DU MARIAGE

852. Effets commandés par les principes généraux. — Lorsqu'un jugement a reconnu ou a prononcé l'inexistence ou la nullité d'un mariage, celui-ci disparaît complètement, dans le passé comme dans l'avenir; tout se passe comme s'il ne fût jamais intervenu : « *quod nullum est nullum producit effectum* ».

De nombreuses conséquences découlent de cette base, notamment celles-ci :

1° Les *enfants* issus de l'union ne sont pas légitimes, mais *naturels*, peut-être même *adultérins* ou *incestueux*;

2° Toute *vocation successorale* réciproque a disparu entre les époux, non seulement pour l'avenir, mais aussi, s'il y a lieu, dans le passé : la succession antérieurement recueillie par le survivant doit être par lui restitué à qui de droit si l'union vient plus tard à être annulée ou à être reconnue nulle ou inexistante;

3° L'*incapacité* qui, pour la femme, dérivait du mariage, disparaît rétroactivement elle aussi : les actes antérieurement passés sans autorisation sont réputés valables;

4° L'*hypothèque légale* qui appartenait à la femme sur les immeubles du mari est considérée désormais comme n'ayant jamais existé;

5° Les *conventions matrimoniales* deviennent caduques, elles qui n'étaient intervenues qu'en vue du mariage; les intérêts pécuniaires des époux seront réglés sur la base d'une *société de fait*; spécialement, les donations insérées dans le contrat de mariage et en vue du mariage tombent avec le cadre dans lequel elles étaient situées; elles n'avaient été consenties que sous la condition, aujourd'hui défaillie :

« *si nuptiæ sequantur* »; plus exactement, elles n'avaient qu'une existence *éventuelle*;

6° L'*obligation alimentaire* disparaît rétroactivement : l'ex-conjoint ne pourrait même pas prétendre au versement des arrérages échus antérieurement au jugement d'annulation;

7° Il n'y a pas eu d'*adultère* possible de la part de l'un des conjoints, puisque la nullité du mariage est initiale (Crim. 23 avril 1867, *D. P.*, 1867, 1, 353).

852*bis*. — Il est cependant un effet que le mariage, nul ou annulé, va produire, effet assez fugitif d'ailleurs : la femme ne pourra pas contracter une nouvelle union avant l'expiration d'un délai de trois cents jours; elle devra observer le *délai de viduité*, lequel courra à dater du prononcé du jugement de nullité. Bien que l'article 228 qui établit ce délai vise l'hypothèse de la « *dissolution du mariage* », on s'accorde, par argument d'analogie, à en étendre l'application en cas d'annulation : *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

853. Critique du système français. — Notre système français, qui repose sur le postulat de la *rétroactivité des nullités*, pèche par abus de logique; il conduit à des résultats fâcheux et à de graves injustices, notamment au regard des enfants qui sont frappés à raison d'une circonstance inattendue et qui, après avoir été légitimes, vont être transformés, et rétrospectivement, en enfants naturels. Beaucoup plus humain est le système du Code civil *suisse*, dans lequel « *jusqu'au jugement, le mariage, même entaché de nullité absolue, a tous les effets d'un mariage valable* » (art. 132); en conséquence, « *les enfants issus d'un mariage déclaré nul sont légitimes, même si leurs père et mère n'étaient pas de bonne foi* » (art. 133). Dans cette conception, le mariage irrégulier n'est annulé que *ex nunc*, pour l'avenir, au lieu que notre législateur français le déclare nul *ex tunc*, dès l'origine, rétrospectivement.

854. Questions. — La règle de la rétroactivité et de la généralité des nullités de mariage doit être examinée de plus près; il faut nous demander :

1° Si les effets que nous venons d'énumérer se produisent *à l'égard de tous*;

2° Si la nullité opère toujours *rétroactivement*, ou si, parfois, les effets n'en sont pas cantonnés dans l'avenir.

La première question est celle de l'*autorité de la chose*

jugée en matière de nullité de mariage; la deuxième évoque le problème des mariages dits *putatifs*.

I. Autorité de la chose jugée

855. Position de la question. — En général, les décisions judiciaires ne produisent leur effet qu'entre les parties litigantes; elles ne sont point opposables aux tiers; tel est le principe de la *relativité de la chose jugée*, formulée dans l'article 1351 : ce principe est-il valable pour les jugements de nullité de mariage?

856. Discussion. — Si l'on admet l'affirmative, on aboutit à des résultats singuliers : une fois la nullité constatée ou prouvée, le mariage va subsister pour tout le monde, sauf pour ceux qui étaient parties au procès et pour leurs ayants cause à titre universel. Or, c'est là une situation indésirable, intenable, tant pour les nullités absolues que pour les nullités relatives.

1° Pour les *nullités absolues*, telles celles qui sont la conséquence d'un inceste ou d'une bigamie : va-t-on dire qu'une fois la nullité proclamée judiciairement, le mariage n'en continue pas moins d'exister pour tous ceux qui n'étaient pas parties à l'instance? Alors, c'est le scandale certain; l'ordre public sera troublé par le maintien, par l'intangibilité juridique — sauf au regard de quelques personnes — d'une union contractée au mépris d'une défense sévère; la société sera atteinte dans ses œuvres vives.

2° S'agit-il d'une *nullité relative*? Alors, sans doute, le maintien de principe du mariage ne serait pas un scandale aussi grand; mais la situation n'en sera pas moins singulière et *sans remède*, puisque la loi n'ouvre l'action en nullité qu'à certaines personnes limitativement déterminées : les autres seraient donc tenues de considérer comme une *vérité contractuelle nécessaire*, un état de choses diamétralement opposé à la *vérité judiciaire*.

Ces résultats suffiraient à faire écarter ici le principe de la relativité de la chose jugée; mais il faut encore ajouter :

1° Que le ministère public peut prendre l'initiative de faire proclamer la nullité absolue d'une union, et qu'une telle prérogative ne se comprendrait guère si le jugement intervenu dans ces conditions n'avait qu'une autorité limitée aux parties et si l'immense majorité des intéressés devaient renoncer à s'en prévaloir;

2° Que, une fois le mariage proclamé ou déclaré nul, chacun des époux a la faculté de se remarier de son côté

(art. 147 et 189). Or, cette faculté deviendrait un piège si le jugement de nullité n'avait qu'un effet relatif : la question de la validité ou de la nullité de la première union pourrait être reprise indéfiniment, par de nouveaux plaideurs, en sorte que les nouveaux époux ne seraient jamais sûrs de ne pas faire figure de bigames.

857. — En réalité, le principe de la relativité de la chose jugée est fait pour les décisions qui sont *déclaratives*, non pour les jugements *constitutifs*, instaurateurs d'une situation nouvelle; or, c'est dans cette dernière catégorie qu'il convient de placer les jugements de nullité, en général, mais plus spécialement ceux qui interviennent en matière de mariage, du moins dans la jurisprudence d'après laquelle il n'existe pas ici de nullités encourues de plein droit, tout se ramenant à une action en nullité (*sup.*, nos 830 et 842, *inf.*, n° 1316; — v. Léon Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits. Rev. trim.*, 1929, p. 17).

Il existe peu de jurisprudence sur la question : elle s'est posée devant la Cour d'Agen à propos d'un mariage annulable pour cause de violence; elle a été résolue dans le sens de l'opinion que nous proposons : le jugement d'annulation a été déclaré opposable à tous, par exemple à l'enfant issu de l'union : Agen, 14 juin 1890 (*S.*, 1893, 2, 4; *D. P.*, 1891, 2, 153, note de Loynes ; Rouast, nos 311 et suiv.; *inf.*, nos 1312 et suiv.; Comp. Léon Mazeaud, article précité).

II. Dérogation à la règle de la rétroactivité

Les mariages putatifs

858. Eléments d'histoire. — Dans la conception *romaine*, la nullité du mariage rétroagissait invariablement. Cette thèse outrancière, qui péchait par abus de logique et par esprit de système, a dû reculer devant le droit *canonique* qui a apporté un adoucissement à la sévérité des principes traditionnels : fidèle à sa tendance subjective, il a pris en considération la *bonne foi* des époux ou de l'un d'eux, et il a été suivi dans cette voie par la loi civile.

859. Idée générale du sujet. Plan. — Aux termes des articles 201 et 202, le mariage nul conserve le bénéfice des effets antérieurement produits lorsqu'il a été contracté de bonne foi, c'est-à-dire lorsque les époux ou l'un d'eux ont cru, lors de sa célébration, à sa validité : ils le croyaient

(*putaverunt*) régulier; de là le nom de mariage *putatif*. *Ce mariage n'en est d'ailleurs pas moins nul*; il ne pourra plus produire d'effets désormais; mais les effets antérieurement produits subsistent; le jugement de nullité opère, non plus *ex tunc*, mais seulement *ex nunc*.

Nous rechercherons :

1° A *quelles conditions* il y a mariage putatif;

2° Quels sont les *effets produits par un tel mariage*.

860. I. A quelles conditions y a-t-il mariage putatif? — Dans l'état actuel de notre droit positif, une seule condition est exigée : la *bonne foi*, telle que nous venons de la définir; il faut que les époux ou l'un d'eux aient cru contracter un mariage valable; aucune autre exigence n'est formulée : comme le dit la Cour de cassation : « ... *la bonne foi est la seule condition mise par le législateur à la reconnaissance du mariage putatif.* »

Le libéralisme de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence se manifeste dans toutes les directions :

1° On ne distingue pas entre l'*erreur de droit* et l'*erreur de fait*; elles sont également relevantes. L'erreur de fait consistera, par exemple, dans l'ignorance d'un rapport de parenté ou de l'existence d'un précédent mariage dans lequel l'un des conjoints se trouverait déjà engagé; l'erreur de droit résidera dans l'ignorance de la loi : les époux ne savaient pas que le Code civil prohibe parfois le mariage entre beau-frère et belle-sœur (après divorce), ou que le mineur de vingt et un ans doit obtenir le consentement d'un ascendant ou du conseil de famille. Exceptionnellement, l'erreur de droit, donc l'ignorance du droit, sont secourables; c'est la loi elle-même qui vient à l'aide de ceux qui ont péché contre elle par ignorance. Depuis longtemps, cette solution ne fait plus doute (Civ., 30 juillet 1900, *S.*, 1902, 1, 225, note A. Wahl; 5 janv. 1910, *S.*, 1912, 1, 249, note Naquet; 8 janv. 1930, *S.*, 1930, 1, 257, note Gény, *D. P.*, 1930, 1, 51; Req. 14 mars 1933, *S.*, 1934, 1, 161, rapport du conseiller Pilon et note Solus, *D. P.*, 1933, 1, 28; Paris, 14 mars 1889, *D. P.*, 1890, 2, 88);

2° On ne s'inquiète pas de savoir si l'erreur est *excusable* ou non. Le droit canonique, plus exigeant, veut qu'elle s'explique par un *juste motif*, par une *juste cause*, ce qui revient à dire que, pour lui, les époux ne sont pas protégés contre leur ignorance ou leur négligence grossière; mais notre jurisprudence se contente de la bonne foi même la plus candide;

3° Peu importe également la *gravité* du vice dont l'union

est entachée; ce ne sont pas seulement les nullités *relatives* qui sont palliées par la bonne foi des époux, ce sont aussi les nullités *absolues* provenant de la *bigamie* (arrêt précité du 5 janv. 1910; Req., 10 oct. 1927, *S.*, 1927, 1, 383), ou de l'*incompétence* de l'officier de l'état civil (Cass. 7 août 1883, *S.* 1884, 1, note Labbé; Civ. 30 juill. 1900, *S.* 1902, 1, 225, note Wahl; trib. civ. Seine, 15 mars 1932, *D. P.*, 1934, 2, 75).

Bien mieux, la majorité des auteurs admettent qu'un mariage *inexistant* peut revêtir l'aspect d'un mariage *putatif*, par exemple s'il a été contracté, de bonne foi, uniquement devant un prêtre, et notre jurisprudence consacre cette opinion (Bordeaux, 5 fév. 1883, *S.*, 1883, 2, 137; Paris, 24 avril 1926, *S.*, 1926, 2, 93, *D. P.*, 1927, 2, 9; trib. civ. Blida, 31 déc. 1931, *D. P.*, 1932, 2, 113, note P. Chauveau, et, sur appel, Alger, 1er fév. 1933, *D. P.*, 1934, 2, 104; comp. l'arrêt précité du 30 juillet 1900 et Req., 14 mars 1933, précité).

Dans cette voie libérale, on ne s'arrête que devant l'absence de toute célébration, au sens technique du mot; aller au delà serait faire produire effet, dans le passé du moins, au simple concubinage; d'ailleurs, l'article 201 suppose que le mariage a été *contracté* : une *volonté matrimoniale*, une apparence de célébration, est donc indispensable; ici, comme presque toujours, c'est la volonté qui crée le droit (Lyon, 13 nov. 1924, *D. P.*, 1925, 2, 73, note Rouast; Nimes, 17 juin 1929, *D. H.*, 1929, 501, *S.*, 1929, 2, 129, note critique Solus; Aix, 11 déc. 1933, *S.*, 1935, 2, 78, *D. P.*, 1936, 2, 57, note Nast; *Rev. trim.*, 1929, p. 1069 chronique de jurisprudence de M. Gaudemet).

A ce point de vue encore, notre droit positif se montre plus facile que le droit canonique qui distingue entre les vices de *fond* et les nullités de *forme*, lesquelles produisent tous leurs effets, nonobstant la bonne foi des contractants.

4° On n'exige pas que la bonne foi soit *persistante*, mais on se contente de son existence au jour de la célébration (voy. art. 201) : la *mala fides superveniens* laisse subsister le caractère putatif du mariage.

5° On n'exige pas non plus que les époux aient été *tous deux* de bonne foi; une erreur *unilatérale* suffit à donner au mariage le caractère putatif, mais dans des proportions moindres, nous le verrons, que l'erreur commune.

6° La bonne foi n'a pas à être *prouvée* par les époux; c'est à l'adversaire, à celui qui invoque la mauvaise foi, à en établir l'existence. On déduit cette solution de l'article 2268 qui, à vrai dire, a été écrit en vue de la prescription, mais

auquel on s'accorde à reconnaître une portée très générale : il serait injuste et démoralisant de donner à la mauvaise foi la valeur d'un principe; l'ordre social tout entier repose sur la présomption contraire (*Sic* : Civ., 5 nov. 1913, *D. P.*, 1914, 1, 281, note Binet, *S.*, 1920, 1, 370; 8 janv. 1930, précité).

7° Les juges du fond apprécient souverainement si la bonne foi a existé lors de la célébration (Req., 14 mars 1933, précité).

Ainsi, l'interprétation législative, doctrinale et jurisprudentielle est aussi libérale qu'il est possible lorsqu'il s'agit de déterminer les éléments constitutifs du mariage putatif; c'est dans un même esprit que l'on procède à la détermination des effets produits par cette situation juridique.

861. II. **Effets produits par le mariage putatif. Principe.** — Il peut s'énoncer dans les trois propositions suivantes qui ressortent, assez imparfaitement d'ailleurs, des articles 201 et 202.

1° Malgré son caractère putatif, le mariage qui, par hypothèse est nul, ne produit plus d'effets à dater du jugement de nullité;

2° Vis-à-vis de l'époux ou des époux *de bonne foi*, comme vis-à-vis des *enfants*, et aussi, d'après la jurisprudence, des *ayants cause*, les effets antérieurement produits sont maintenus, ce qui revient à dire que la situation est à peu près la même que s'il y avait, non pas nullité, mais dissolution du mariage;

3° Vis-à-vis de l'époux de mauvaise foi, à supposer qu'il en existe un, la nullité se réalise rétroactivement, selon le droit commun.

Nous allons voir ces diverses règles s'appliquer, d'abord aux conjoints eux-mêmes, puis aux enfants, enfin aux ayants cause de l'époux de bonne foi.

862. A. **Effets relatifs aux époux.** — On distingue selon qu'ils étaient tous deux de bonne foi ou que l'un d'eux avait connaissance, lors de la célébration, du vice dont le mariage était entaché.

1° *Les deux époux étaient de bonne foi.* — L'erreur a été commune, partagée. En ce cas, le principe de la non-rétroactivité de la nullité s'applique constamment et facilement; voici les principales de ses manifestations :

1. A partir du jour du jugement, les deux époux perdent, dans leurs rapports réciproques, toute *vocation successorale*; mais si l'un d'eux était décédé antérieurement, le sur-

vivant conserverait l'émolument successoral recueilli à une époque où il pouvait encore se réclamer de son titre de *conjoint* que le jugement de nullité a ensuite fait disparaître sans rétroactivité;

2. La femme conserve la *nationalité* qu'elle avait pu acquérir à l'occasion de son mariage (L. 10 août 1927, art. 8);

3. Les époux mineurs gardent le bénéfice de l'*émancipation* attachée de plein droit au mariage;

4. Chacun des époux conserve les *libéralités* qui lui avaient été adressées, par son conjoint ou par toutes autres personnes, à l'occasion du mariage;

5. Les *conventions matrimoniales* subsistent, et c'est en conformité du statut qu'elles renferment que les intérêts du mariage seront liquidés.

863. — Mais il reste bien entendu que, à dater du jugement de nullité, le mariage a cessé d'exister; d'où il ressort :

1. Qu'il n'y a plus, entre ex-conjoints, *d'obligation alimentaire*;

2. Que la femme *n'est plus incapable*, puisqu'elle n'est plus mariée;

3. Qu'elle n'est plus *domiciliée* chez son ex-mari.

Comme on le voit, ce sont seulement les effets se rattachant à des droits définitivement acquis qui subsistent; sous une autre forme, ce sont eux qui subsisteraient en cas de *dissolution* pure et simple du mariage; les autres disparaissent désormais, parce qu'on peut les faire cesser sans porter atteinte à la règle de la non-rétroactivité.

864. — 2° *La bonne foi était unilatérale*; elle n'existait que chez l'un des conjoints; l'autre s'est marié en connaissance de cause. Par exemple, c'est un individu, déjà marié, qui épouse une seconde femme, laquelle est d'entière bonne foi et croit avoir à faire à un célibataire.

En pareille éventualité, « *le mariage ne produit des effets civils* (dans le passé) *qu'en faveur* » de l'époux de bonne foi et des enfants, mais non en faveur du coupable (art. 202). En sorte que, pour l'époux de bonne foi (et, nous le verrons, pour les enfants), la nullité opère sans rétroactivité, tandis qu'au regard de l'époux de mauvaise foi elle rétroagit. D'où une situation assez complexe; voici quelques applications :

1. Le conjoint de bonne foi, s'il avait *antérieurement* recueilli la *succession* ou une part de la succession du conjoint de mauvaise foi prédécédé, garderait son émolument (*Sup.*, n° 862); mais la réciproque n'est pas vraie : l'époux

de mauvaise foi qui aurait recueilli la succession de l'époux de bonne foi avant l'intervention du jugement de nullité serait tenu à restitution, puisque son titre de conjoint, fondement de sa vocation successorale, lui serait enlevé rétroactivement par ledit jugement : il n'y a donc plus réciprocité dans la vocation successorale, au moins dans la période qui précède le jugement de nullité;

2. Si les époux s'étaient consenti, notamment par contrat de mariage, des *donations réciproques*, l'époux de bonne foi conserverait le bénéfice de la libéralité qui lui avait été adressée, mais non le conjoint de mauvaise foi puisque, à son égard, le mariage est rétroactivement anéanti : ici encore, la réciprocité est rompue;

3. Si la femme a conclu un *acte sans autorisation*, la nullité ne pourra en être demandée que par l'époux de bonne foi, quel qu'il soit, l'autre n'étant pas à même d'invoquer les effets civils du mariage;

4. C'est seulement si la femme était de bonne foi qu'elle pourra se prévaloir de son *hypothèque légale*;

5. Seul, l'époux de bonne foi peut exiger que la *liquidation des intérêts pécuniaires* de l'association conjugale s'effectue conformément au statut du *régime matrimonial adopté*; le conjoint de mauvaise foi ne saurait émettre une telle prétention. Nous verrons, en étudiant les régimes matrimoniaux, à quels résultats conduisent ces prémisses.

865. B. **Effets relatifs aux enfants.** — Les principes sont les suivants :

1° Le mariage est putatif au regard des enfants et la nullité se réalise donc sans rétroactivité, du moment que l'un des époux était de bonne foi (art. 202);

2° La *condition* résultant, pour les enfants, du mariage putatif, est une *condition définitive, ne varietur*; elle diffère en cela de la condition de conjoint, laquelle est temporaire. En conséquence, les enfants doivent être traités comme si le mariage de leurs auteurs avait été dissous naturellement.

Ce double principe aboutit aux applications que voici :

1° Les enfants nés *légitimes*, demeurent tels, définitivement : à ce titre, ils sont soumis à la *puissance paternelle* dans les termes du droit commun;

2° Ils conservent aussi, malgré la nullité, une *vocation successorale intacte* par rapport à leurs parents, puisque leur qualité d'enfants légitimes est indélébile (Req., 9 juill. 1935, *D. H.*, 1935, 413);

3° Conçus avant le mariage, mais nés après la célébration, ils bénéficient de la légitimité — ou de la légitimation

ipso facto — que confère à de tels enfants l'article 314 (Civ. 8 janv. 1930, précité);

4° S'ils étaient nés avant le mariage et s'ils ont été *légitimés* par lui, ils conservent le bénéfice de la *légitimation*, en dépit de l'annulation ultérieure du mariage. Cette solution a fait doute, d'abord parce qu'elle est contraire aux précédents (Pothier, *Traité du mariage*, n° 441), ensuite parce qu'elle cadre mal avec la teneur de l'article 202 qui vise les « enfants *issus* du mariage », ce qui, à s'en tenir à l'interprétation littérale, semblerait bien exclure les enfants dont la naissance est antérieure au mariage. Cependant, l'interprétation la plus large a triomphé tant en doctrine qu'en jurisprudence (Civ., 19 nov. 1923; *D. P.*, 1924, 1, 137, note Savatier; 8 janv. 1930, précité; Nimes, 27 oct. 1919, *S.*, 1922, 2, 33, note M. E. Cuq) : la notion du mariage putatif s'est développée, en droit moderne, dans un esprit de libéralisme (V. *sup.*, n^os^ 858 et 860), et, quant à l'article 202, il a pour but essentiel, sinon unique, de refuser le bénéfice du mariage putatif à l'époux de mauvaise foi; l'article 201, qui énonce les effets de ce mariage, le fait en termes généraux; il en fait profiter les *enfants*, sans préciser davantage, donc tous les enfants, sans distinction, d'après la date et les conditions de leur naissance.

La Cour de cassation va même plus loin en admettant, avec raison, pensons-nous, que des enfants *même adultérins* sont fondés à se réclamer de la légitimation par mariage putatif, du moins et exclusivement dans les cas où cette légitimation aurait pu résulter d'un mariage régulièrement contracté par leurs auteurs (arrêt précité du 19 nov. 1923 et la note), c'est-à-dire dans les cas énumérés par l'article 331, nouvelle rédaction (*Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. VII, § 460; Savatier, *op. cit.*; Edouard Lévy, *Traité de la légitimation des enfants naturels*, n° 293); et, reculant encore les limites de son libéralisme, elle a admis à se prévaloir de l'article 314 un enfant qui, né pendant le mariage, avait été conçu antérieurement et cependant que les relations de ses auteurs étaient entachées de bigamie (arrêt précité du 8 janv. 1930, avec la note de M. Gény, *S.*, 1930, 1, 259, col. 1).

865*bis*. C. Effets relatifs aux ayants cause de l'époux de bonne foi. — Il a été jugé que le mariage putatif, une fois annulé, conserve tous les effets civils d'un mariage valable, non seulement à l'égard des enfants et des époux de bonne foi, mais aussi au profit des ayants cause de ces derniers; on conclut de là : 1. que la femme de bonne foi est en mesure d'opposer aux tiers son hypothèque légale;

2. qu'elle est fondée à arguer du défaut d'autorisation maritale pour un acte par elle accompli; 3. que, si l'époux de bonne foi est décédé avant l'annulation du mariage, la dévolution de sa succession se réalise au profit de ses héritiers, compte tenu du mariage qui subsistait encore par hypothèse lors du décès, donc lors de la dévolution héréditaire, et sans que le jugement de nullité puisse ensuite anéantir les droits successoraux antérieurement acquis : les ayants cause de l'époux de bonne foi, et notamment ses héritiers, sont ainsi protégés, comme cet époux lui-même, par la règle de la non-rétroactivité de la nullité (Req., 9 juill. 1935, *S.*, 1936, 1, 1, note E. P.; *D. H.*, 1935, 413).

Section IV. — EFFETS DU MARIAGE

866. Généralités. — Les effets produits par le mariage sont nombreux et complexes : cette institution centrale, à laquelle aboutit tout le droit de la famille légitime, crée des rapports de *parenté* et d'*alliance* dont il a été traité sommairement (*sup.*, nos 678 et suiv.), et dont il sera à nouveau question plus loin (nos 1072 et suiv.). A cette place, nous ne nous occuperons que des *rapports établis entre les époux eux-mêmes*.

Ces rapports ont, pour la plupart, un caractère de *réciprocité*; ils se ramènent à des devoirs réciproques; le mariage, qui est une *société*, une *mutuelle*, met à la charge des contractants des obligations communes. Cependant, il est un rapport qui, parce qu'il s'analyse en une *puissance*, présente un caractère *unilatéral* : c'est la *puissance maritale*.

Nous étudierons d'abord les *devoirs réciproques*, puis la *puissance maritale*.

§ I. — DEVOIRS RÉCIPROQUES DES ÉPOUX

867. — Ces devoirs se répartissent dans quatre catégories :
1° Devoir de *cohabitation*;
2° Devoir de *fidélité*;
3° Devoir de *secours*;
4° Devoir d'*assistance*.

868. I. Devoir de cohabitation. — Il est inscrit dans l'article 214 qui, d'une part, impose à la femme l'obligation d'habiter avec le mari, qui, d'autre part, ordonne au mari de recevoir son épouse au domicile conjugal : double obligation d'*ordre public* contre laquelle aucune convention, aucune renonciation ne sauraient prévaloir.

869. Sanctions. — Si la femme déserte le domicile conjugal ou si, à l'inverse, le mari lui en interdit l'accès, par quels moyens sera-t-il possible de vaincre cette attitude illégale? Comment faire pour que force reste à la loi?

1° Sûrement, la faute commise constitue une *injure grave* à l'égard de l'offensé qui sera admis à s'en prévaloir pour demander le *divorce* ou la *séparation de corps* à son profit et aux torts et griefs de son conjoint.

2° La victime serait tentée peut-être de recourir à l'emploi de la *force publique* : la femme sera contrainte à réintégrer le domicile commun *manu militari*; elle y sera reconduite entre deux gendarmes; ou bien, si c'est le mari qui est récalcitrant, elle obtiendra l'entrée du domicile conjugal par les soins d'un commissaire de police, assisté, s'il en est besoin, d'un technicien, en l'espèce d'un serrurier.

La doctrine est assez favorable à cette procédure dont la jurisprudence a parfois admis la régularité (Paris, 31 mars 1855, *D. P.*, 1855, 2, 284; Nimes, 20 fév. 1862 et Pau, 11 mars 1863, *D. P.*, 1863, 2, 173; Paris, 7 janv. 1903, *D. P.*, 1903, 2, 16; Chambéry, 27 oct. 1931, *S.*, 1932, 2, 14, *D. H.*, 1931, 579). Cependant, elle a le double inconvénient d'être indiscrète et brutale, puis et surtout de manquer d'efficacité : une fois ramenée de force au domicile conjugal, la femme, qu'on ne peut songer à séquestrer, reprendra sa liberté à la première occasion, et il serait illusoire de mobiliser la gendarmerie en permanence pour assurer l'union de fait d'époux moralement désunis.

870. — 3° Les procédés de l'*ordre pécuniaire* sont susceptible de donner de meilleurs résultats, par une voie indirecte sans doute, mais moins brutale et moins théâtrale. Si, par exemple, c'est la femme qui a transgressé l'article 214, divers moyens de contrainte sont à envisager :

a) D'abord, son mari peut lui couper les vivres, ce qui lui est rendu ordinairement facile par les pouvoirs d'administration qui lui appartiennent sur les biens communs ou sur la fortune personnelle de la fugitive; en lui refusant le moindre subside, il la mettra dans une situation telle qu'elle préférera peut-être reprendre la vie commune.

871. — *b*) Il est vrai que ce moyen ne sera pas nécessairement infaillible : la femme peut se procurer des subsides par divers moyens, notamment par son travail. Alors pourra intervenir le *procédé des astreintes* : la femme sera condamnée à des dommages-intérêts à raison de tant par

jour du retard qu'elle mettra à réintégrer le domicile conjugal; ces prétendus dommages-intérêts sont en réalité un moyen de pression qui est employé pour obtenir satisfaction du débiteur d'une obligation strictement personnelle, dans l'espèce de l'obligation de cohabitation; ils se ramènent à une véritable *voie d'exécution* indirecte; aussi le montant de l'*astreinte*, c'est-à-dire de la condamnation, est-il proportionné à la résistance à vaincre, c'est-à-dire à la fortune, aux ressources du débiteur récalcitrant : suivant les cas, il sera de vingt francs, ou de cent, ou de mille, ou de dix mille : à l'aide d'un tel levier, on arrive à surmonter toutes les mauvaises volontés, à vaincre toutes les résistances. La jurisprudence a reconnu la légitimité du procédé, en thèse générale, et, spécialement, en notre matière (Req. 26 juin 1878, *D. P.*, 1879, 1, 80, *S.*, 1879, 1, 76; Lyon 24 fév. 1909, *S.*, 1909, 2, 283, *D. P.*, 1910, 2, 172; trib. civ. Seine, 6 mars 1911, *D. P.*, 1911, 5, 28).

872. — Lorsque c'est le mari qui s'obstine à interdire l'accès du domicile conjugal, la femme peut, de son côté, recourir au procédé de l'astreinte qui sera, le plus souvent, sa seule ressource effective, car, n'ayant pas l'administration des biens du mari, elle ne pourra songer à intercepter les revenus dont il dispose; elle aurait seulement la faculté d'exiger le service d'une *pension alimentaire* en exécution du devoir de secours qui incombe à son époux; mais l'efficacité de ce moyen ne serait pas toujours certaine, le mari préférant peut-être ce sacrifice pécuniaire modéré à la reprise de la vie commune.

La théorie des astreintes sera étudiée, dans son ensemble, à propos des *obligations* et de leur *exécution* (t. II, nos 594 et suiv.).

873. II. **Devoir de fidélité.** — Art. 212 : « *Les époux se doivent mutuellement fidélité...* » La violation de ce devoir consiste principalement mais non exclusivement dans l'*adultère* : il a été jugé, en effet, à maintes reprises, que la femme, notamment, manquait au devoir de fidélité lorsque, par sa légèreté, par son imprudence, et abstraction faite d'une trahison sexuelle, elle compromettait gravement sa réputation et causait ainsi un préjudice à son mari (Req., 7 juin 1893, *S.*, 1895, I, 413; Besançon, 14 mars 1850, *D. P.*, 1852, 2, 150).

874. La loi pénale et la loi civile. — L'adultère est traité par la loi pénale tout autrement qu'il ne l'est par la loi civile.

En *droit pénal*, l'adultère de la femme est considéré comme bien plus grave que celui du mari : c'est ainsi qu'il est puni dans tous les cas, au lieu que l'adultère du mari ne tombe sous le coup de la loi pénale que dans le cas extrême où il y a eu entretien d'une concubine dans la maison conjugale (C. pén., art. 339) ; ainsi que la femme adultère est durement frappée — elle peut être condamnée à une peine susceptible de s'élever jusqu'à deux années d'emprisonnement — tandis que le mari coupable n'encourt qu'une simple amende (C. pén., art. 337 et 339) ; ainsi encore que le complice de la femme est lui-même punissable alors que la complice du mari échappe à toute répression (C. pén., art. 338) ; ainsi enfin que le mari est excusable s'il tue ou s'il blesse sa femme ou son complice surpris en flagrant délit, sans que la femme bénéficie, dans l'hypothèse inverse, d'une pareille faveur (C. pén., art. 324).

La *loi civile*, elle aussi, établissait jadis des traitements différents pour l'adultère du mari et pour celui de la femme: tandis que ce dernier constitue invariablement une cause de divorce, le premier, dans le système du Code civil, n'entraînait cette sanction que s'il s'aggravait de l'entretien d'une concubine au domicile conjugal; cette différence, moralement sinon socialement (*Inf.*, n° 914) injustifiable, a disparu en 1884, lors du rétablissement du divorce dans nos lois (art. 229 et 235 réd. actuelle). Depuis cette date, les époux sont égaux devant l'adultère, pour la loi civile tout au moins.

875. Les sanctions. — Elles sont assez variables :

1° C'est d'abord le *divorce* ou la *séparation de corps* qui peuvent être demandés et obtenus par l'époux offensé;

2° C'est ensuite une condamnation possible à des *dommages-intérêts*, basée sur les articles 212 et 1382, condamnation qui est encourue non seulement par l'époux coupable d'avoir manqué au devoir de fidélité, mais aussi par le ou la complice (V. les arrêts cités plus haut) ;

3° Enfin, on imagine, au cas où les relations irrégulières se prolongent, que l'époux offensé recoure, pour y mettre fin, au procédé de l'*astreinte* : le coupable sera mis en demeure de cesser lesdites relations sous la menace d'une astreinte à tant par jour de retard qu'il apportera à déférer à cette injonction (trib. Castel-Sarrazin, 8 avril 1864, *D. P.*, 1864, 3, 46).

876. III. Devoir de secours. — Il est imposé aux époux, à la suite du précédent, par l'article 212; il consiste

dans l'obligation, pour chacun d'eux, de fournir à l'autre tout ce qui est nécessaire à sa vie « *selon ses facultés et son état* » (art. 214). Nous retrouverons et nous étudierons cette obligation en présentant une théorie générale de la dette alimentaire (*Inf.*, n^os^ 1137 et suiv.). A notre avis, le *mandat domestique* se rattache à cet ordre d'idées (*Sup.* n° 603*bis*).

877. IV. **Devoir d'assistance.** — C'est encore l'article 212 qui fait mention de cette obligation : elle a trait aux *soins personnels* que nécessite l'état de chacun des conjoints, à raison de son âge, de sa santé, des infirmités dont il peut être atteint. C'est un devoir d'essence très élevée et qui, de ce chef, est privé de toute sanction d'ordre pécuniaire : son inexécution constitue une *injure grave* susceptible d'entraîner le *divorce ou la séparation de corps* au profit de la victime. (Douai, 28 déc. 1932, *S.* 1933, 2, 108.)

§ II. — LA PUISSANCE MARITALE

878. Considérations générales. — La puissance maritale, rapport unilatéral, est visée dans l'article 213 aux termes duquel la femme doit obéissance à son mari qui, de son côté, lui doit protection; son caractère d'*ordre public* est affirmé dans l'article 1388 : « *Les époux ne peuvent déroger... aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme...* » Cette institution est d'ailleurs dans la tradition : notre ancien droit avait constitué une organisation familiale très puissante dont l'autorité maritale, dérivée du *mundium* germanique, représentait l'une des clefs de voûte. Au cours des travaux préparatoires du Code civil, le Premier Consul se prononça ouvertement et dans les termes les plus énergiques pour le maintien de la tradition; pour caractériser la situation de la femme, il alla jusqu'à employer le mot « *esclave* ». (Thibaudeau, *Mémoires sur le Consulat*, p. 426). Les mœurs, sinon la législation, se sont chargées d'adoucir cette conception féodale et disciplinaire; mais, malgré tout, la puissance maritale demeure encore assez forte; elle comporte de nombreux attributs.

879. Attributs de la puissance maritale :

1° Le femme prend le *nom* de son mari : c'est pour elle, nous l'avons montré, un véritable droit; c'est aussi une obligation (*Sup.* n° 216);

2° Elle acquiert le *domicile* de son mari avec lequel elle

est tenue d'habiter et qu'elle doit suivre partout où il juge à propos de résider (art. 214, *Sup.* n° 232);

3° Elle devient, en tant que femme mariée, *incapable*; cette incapacité, qui est édictée dans l'intérêt de la famille au sens étroit du mot (*Sup.* n° 594), est en même temps un corollaire de la puissance maritale. Il en résulte notamment que la femme ne peut pas choisir et exercer une *profession* en dehors du consentement marital (*Sup.* n° 236);

4° Le mari est fondé à exercer un contrôle sur la *conduite*, les *relations* et la *correspondance* de sa femme.

L'existence de ce droit est indéniable encore qu'elle ne soit formellement consacrée par aucun texte; elle se déduit et de l'ancien droit et des travaux préparatoires au cours desquels le Premier Consul est intervenu en ce sens (Thibaudeau, *op. cit.*, p. 126); elle est traditionnelle; elle est, d'ailleurs conforme, de moins en moins sans doute, mais cependant actuellement encore, à l'état des mœurs.

Seulement, on s'accorde à reconnaître que ce droit n'est point absolu et que son exercice suppose du tact, de la mesure, de la discrétion : d'une part, le mari, lorsqu'il exerce un contrôle, par exemple, sur la *correspondance* de sa femme, doit être mû par des considérations légitimes, tirées de son honneur ou de la dignité du foyer, non par un esprit de ressentiment ou par une curiosité malsaine; les *mobiles* jouent en pareille matière, un rôle très important; c'est la *fin* qui justifie les *moyens*; le droit du mari n'est point discrétionnaire; il est tout relatif; il est susceptible d'*abus*, et l'abus consiste, ici comme toujours, dans une déviation apportée au droit qui est aiguillé dans une fausse direction, qui est détourné de son but légitime. (Req. 6 août 1907, *D. P.*, 1907, 1, 512; Bruxelles, 25 avril 1875, *S.*, 1877, 2, 161; *D. P.* 1876, 2, 26. — V. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, n° 78.)

D'autre part, à côté de cette limitation *subjective*, il y a place pour une limitation *objective*, quantitative : le mari ne pourrait pas interdire à sa femme toutes relations avec ses parents, de même que, si elle exerce une profession distincte, il doit s'incliner devant la nécessité du *secret professionnel*, de l'avocat ou du médecin par exemple (Rouast, *op. cit.*, n° 382).

Les abus ou les excès que le mari commettrait dans l'une ou dans l'autre direction, seraient sanctionnés tant par des dommages-intérêts que par le divorce ou la séparation de corps;

5° La puissance maritale s'accuse encore dans la *prépondérance* reconnue au mari, sous la plupart des régimes

matrimoniaux, pour la gestion des intérêts pécuniaires des époux : la séparation de biens mise à part, c'est lui qui a l'administration de tous les biens, à moins d'une clause contraire insérée dans le contrat de mariage; encore cette clause ne sortirait-elle pas effet pour les biens faisant partie de la communauté (art. 1388). Il est le *chef du ménage*, et cette idée est, croyons-nous, à la base du *mandat domestique* conféré à la femme (*sup.*, n° 603*bis*);

6° Il faut voir un nouvel aspect de la puissance maritale dans la prépondérance reconnue par la loi au mari en ce qui concerne la *puissance paternelle* sur les enfants issus du mariage; sans doute, cette dernière puissance *appartient* aux deux parents, à la mère comme au père; mais, normalement, l'*exercice* en est réservé au père; c'est seulement à son décès ou lorsqu'il est déchu que la mère hérite de la puissance *effective* sur les enfants (*inf.*, n^os^ 1083 et suiv.).

880. Atténuation progressive de la puissance maritale. — La puissance maritale a subi, au cours des siècles, une évolution continue dont la courbe s'infléchit assez régulièrement.

1° Le *droit de correction* du mari a disparu depuis bien longtemps et dès avant la Révolution : il est de jurisprudence constante que les mauvais traitements infligés par le mari à sa femme sont sanctionnés et par la loi *pénale* (coups et blessures, voies de fait) et par la loi *civile* : sous le nom de *sévices*, ils peuvent motiver une demande en *divorce* ou en *séparation de corps* (*inf.* n° 917);

2° Les *atteintes à la liberté de conscience* ne sont pas davantage licites; la femme peut suivre et pratiquer telle religion qui lui convient, en toute liberté (trib. civ. Mont-de-Marsan, 28 janv. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 1, 384);

3° Tandis que, d'après le Code civil, la femme prenait nécessairement la *nationalité* de son mari, la loi du 10 août 1927 a admis, pour elle, la faculté de conserver sa nationalité personnelle : d'une part, la femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la qualité de Française que sur sa *demande expresse*, ou bien encore si, d'après les dispositions de sa loi nationale, elle doit suivre nécessairement la condition de son mari (L. 10 août 1927, art. 8, § 1); d'autre part, la femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité française, sauf : 1° si elle déclare *expressément* vouloir acquérir la nationalité de son mari; 2° si les époux fixent leur premier domicile, après le mariage, hors de France et que, de plus, la loi du mari impose à la femme la nationalité de celui-ci (art. 8, §§ 2 et 3 de la même loi).

C'est une nouvelle brèche, et très importante, qui a été ainsi pratiquée dans le rempart de la puissance maritale.

881. Mouvement en faveur de la complète suppression de la puissance maritale. — Cette suppression a été réclamée par certains esprits depuis longtemps, notamment par Laurent; elle est un des articles essentiels du programme des revendications féministes qui s'autorisent du précédent anglais (actes de 1870 et de 1882, *sup.* n° 596); mais, en *Angleterre*, la mise des deux sexes sur un pied d'égalité n'a pas eu trop d'inconvénients à raison de la puissance des traditions et des mœurs : encore les suffragettes se sont-elles livrées, dans ce pays, à des écarts bien fâcheux pour le bon renom et pour le succès de leur cause. En France, il n'est pas certain que la réforme s'accomplirait impunément; il serait à craindre qu'elle déterminât une véritable anarchie familiale. A toute association, il faut un chef, et, à moins de reconnaître cette dignité à la femme, nous considérons comme inévitable de l'attribuer à l'homme : une codirection de l'association conjugale, réserve faite des ménages qui confinent à la perfection, est une utopie : toute dyarchie engendre fatalement l'anarchie. Et puis, il faut réfléchir que l'autorité maritale a pour corollaire le devoir, pour le mari, de protéger sa femme; l'article 213 établit un lien étroit et logique entre ces deux rapports de droit; l'un disparaissant, l'autre ne saurait subsister; la femme indépendante, l'égale de son mari, ne pourrait plus se réclamer de sa protection : peut-être bien aurait-elle occasion de s'en repentir.

C'est pourquoi nous estimons qu'il convient d'envisager certaines atténuations à la puissance maritale (suppression de l'incapacité de la femme mariée par exemple), mais non pas sa disparition totale.

Section V. — PREUVE DU MARIAGE

882. Considérations générales. — La preuve du mariage a une très grande importance : le législateur doit envisager un système qui, tout en assurant aux ayants droit des facilités suffisantes pour établir la réalité de leur union ou de celle de leurs parents, soit cependant assez sagement ordonné, assez strictement conçu pour fermer la porte aux aventuriers, aux imposteurs, tentés de placer leur union libre sous la protection du pavillon légal. Il est donc impossible de laisser carte blanche aux intéressés, de leur aban-

donner tous les modes de preuve; une réglementation s'impose qui est contenue dans les article 194 à 200.

Ces textes ne touchent pas au principe essentiel d'après lequel le fardeau de la preuve incombe à celui qui se réclame d'une situation juridique : la règle *actori incumbit probatio* est de mise en notre matière.

Le système du Code civil se concrétise dans un *principe* et dans toute une série d'*exceptions*.

§ I. — LE PRINCIPE

883. — Le principe est inscrit dans l'article 194 : « *Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil...* »

Le mode normal de preuve du mariage réside donc dans la production de l'acte de célébration qui a dû être dressé et signé par l'officier de l'état civil, séance tenante.

Si ce n'est pas là le droit commun général, c'est du moins le droit commun pour les événements affectant l'état civil des personnes (*sup.*, n° 290) : l'article 194 se borne à traiter le mariage à l'instar de tout autre événement intéressant ledit état.

Les autres modes de preuve sont exclus en principe : *témoignages*, *présomptions*, *aveu*, *serment*, et surtout *possession d'état*.

Mais ce principe comporte des dérogations dont certaines ne sont d'ailleurs que des précisions.

§ II. — LES PRÉCISIONS ET LES DÉROGATIONS

884. Plan. — Ces précisions et ces dérogations sont à classer dans deux catégories suivant qu'elles sont *communes* à tous les actes de l'état civil ou qu'elles sont *spéciales* au mariage.

I. Tempéraments valables pour tous les actes de l'état civil

885. — Il en existe au moins trois :

1° C'est seulement s'il s'agit, pour les intéressés, de « *réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage...* » que la loi s'en tient strictement aux registres; l'article 194 est formel. Si la preuve du mariage ne met pas en jeu l'état d'époux, le droit commun général reçoit son application, par exemple s'il s'agit, pour un tiers, de prouver l'accom-

plissement ou la défaillance d'une condition s'identifiant avec la célébration ou la non-célébration du mariage (service d'une rente viagère jusqu'au jour où le crédirentier se mariera). Voy. DEMOLOMBE, t. III, n° 390; AUBRY et RAU, 5e éd., t. VII, § 452*bis*.

886. — 2° C'est seulement pour les mariages célébrés en France que la règle stricte de preuve par les registres est établie dans l'article 194 : les mariages célébrés à l'étranger en *conformité du droit local*, se prouvent d'après la législation qui a présidé à sa célébration; ainsi le veut la règle : *Locus regit actum*. Il est donc très possible que la preuve puisse être administrée par témoins ou par possession d'état (Civ. 7 fév. 1860, *S.* 1860, 1, 529; 18 mars 1868, *S.* 1868, 1, 205; VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, n° 751 et note *D. P.*, 1914, 2, 169; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 2e éd., n° 324.

887. — 3° A supposer un mariage célébré en France et dont on évoque un effet civil, son existence pourra être prouvée, en dehors de la production et dans le silence des registres, conformément aux dispositions de l'article 46, c'est-à-dire à supposer qu'il n'ait pas existé de registres ou bien qu'ils aient été perdus : en ce cas, le mariage pourra être établi tant par titres que par témoins (*sup.* nos 292 et suiv.).

A vrai dire, on a soutenu que les substituts probatoires de l'article 46 n'étaient pas de mise en matière de mariage : cet acte de l'état civil serait donc, à cet égard, soumis à des règles de preuve plus strictes que tout autre. Et l'on argumente en ce sens précisément de l'article 194, aux termes duquel « *nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil* »; voilà, a-t-on dit, qui ferme la porte à tous autres modes de preuve. Mais, en raisonnant ainsi, on oublie tout simplement de lire la suite du texte « *sauf les cas prévus par l'article* 46, *au titre des* Actes de l'état civil ». Il serait cruel d'insister. Il n'y aurait d'ailleurs aucune bonne raison de soumettre le mariage, à ce point de vue, à un traitement spécial.

II. Tempéraments spéciaux au mariage

888. — Dans des circonstances exceptionnelles, la preuve du mariage peut être faite à l'aide de la *possession d'état*;

elle peut aussi résulter d'une *procédure criminelle*, soit, en définitive, de titres ou de témoignages.

889. I. Preuve du mariage par la possession d'état. Généralités. — On entend par possession d'un état la manifestation extérieure de cet état; la possession d'époux, c'est donc la manifestation extérieure de l'état d'époux, *l'extériorisation* de cet état.

Les éléments de cette extériorisation sont principalement : 1° Le fait que la femme porte le nom de son compagnon (*nomen*); 2° celui que le ménage se comporte ainsi que le ferait un ménage légitime (*tractatus*); 3° celui qu'il est considéré comme tel (*fama*). Cette trilogie traditionnelle — *nomen, tratatus, fama*, n'a rien de nécessaire ni de fatidique; elle a seulement ce mérite de mettre en lumière les éléments normaux, courants, de la possession d'état d'époux.

890. Le principe. — Cette possession d'état, ainsi caractérisée, va-t-elle pouvoir être utilisée comme mode de preuve du mariage? Non, en principe, pour cette raison décisive que la possession d'état est l'œuvre des intéressés eux-mêmes; il est inadmissible qu'on puisse se créer un titre à soi-même et que l'apparence ainsi établie soit de nature, en se prolongeant, à devenir la vérité juridique; sinon, le concubinage usurperait les droit du mariage; il lui suffirait de durer et d'imiter longuement le modèle. Aussi, l'article 195 décide-t-il : « *La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.* »

En d'autres termes, on n'acquiert pas la qualité d'époux par la prescription, si prolongée qu'on suppose la possession de l'état. Le principe est entré dans notre législation depuis l'ordonnance de Blois de 1579.

891. Exceptions. — Cependant, il est des cas particuliers où la possession d'état est prise en considération par le Code civil, où elle joue un rôle probatoire *qui n'est d'ailleurs jamais qu'un rôle d'appoint*; à elle seule, elle ne suffit pas à prouver le mariage; jointe à d'autres indices, elle achève la preuve commencée.

Deux éventualités très distinctes sont prévues dans l'article 196 et dans l'article 197.

892. A. Cas prévu par l'article 196. — Le mariage a été célébré par l'officier de l'état civil, et l'acte a été dressé;

seulement, cet acte est irrégulier; il est nul en tant qu'instrument de preuve : cette nullité peut-elle être proposée?

Par tous intéressés autres que les époux, oui, et malgré la possession d'état;

Mais par les époux eux-mêmes, non, s'ils ont cette possession *constante*. (Req. 7 janv. 1929, *S.* 1929, 1, 104). Article 196 : « *Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte.* »

A vrai dire, la jurisprudence n'utilise pas souvent ce texte parce qu'il est rare que les irrégularités de forme qui ont pu être commises vicient l'acte instrumentaire; on se montre très libéral sur ce point, pour le mariage comme pour les autres actes de l'état civil (*sup.*, n° 281); cependant, voy. pour le cas où l'acte ne porte pas la signature de l'officier de l'état civil Req., 26 juill. 1865 (*D. P.* 1865, 1, 493) : dans cet arrêt, il est spécifié qu'on ne doit pas distinguer entre les diverses nullités dont l'acte serait entaché, suivant la gravité du vice; il semble donc que l'article 196 serait applicable alors même que l'acte de mariage aurait été rédigé sur une feuille volante (on cite en ce sens un arrêt de la Cour de Cassation du 21 nov. 1808).

L'article 196 revêt d'ailleurs un intérêt supplémentaire à raison de cette circonstance que notre jurisprudence en fait application aux vices dont le *mariage lui-même*, et non plus seulement l'acte, serait entaché dans sa célébration : pour elle, les vices de clandestinité et d'incompétence seraient couverts par la possession d'état (*sup.*, n° 825).

893. B. **Cas prévu par l'article 197.** — Tandis que l'article 196 a trait à la situation des époux, l'article 197 se préoccupe de celle des *descendants légitimes*.

Les enfants ont le plus grand intérêt à prouver le mariage de leurs auteurs, puisque de cette preuve dépend leur légitimité. Du vivant de leurs parents, ils le feront aisément, à l'aide des registres et conformément à l'article 194. Mais leur situation peut devenir difficile après le double décès de leurs auteurs, car ils ne sauront peut-être pas en quel lieu ceux-ci ont été mariés et ils seront ainsi empêchés de se procurer un extrait de leur acte de mariage. S'adresseraient-ils à toutes les mairies de toutes les communes de France qu'ils risqueraient encore de ne point aboutir, le mariage ayant pu être célébré à l'étranger. C'est alors que la loi vient à leur secours : article 197.

Aux termes de cette disposition, l'enfant va pouvoir recou-

rir à la *possession d'état* pour prouver le mariage de ses auteurs, mais à de certaines conditions.

894. Conditions exigées par le texte. — Quatre conditions sont exigées pour que l'enfant puisse recourir à la preuve par possession d'état :

1° Il faut que *les deux auteurs* de l'enfant *soient décédés*.

Nous estimons qu'il faut assimiler au cas de décès celui d'*absence* et celui d'*interdiction*; les raisons de décider sont les mêmes, la détresse des enfants étant aussi grande dans ces deux dernières éventualités que dans celle qui est prévue expressément par le texte. Vainement objecterait-on (Paris, 21 juin 1853, *D. P.* 1855, 2, 311) que l'article 197 établit une présomption de célébration de mariage et que les présomptions légales sont de droit étroit; il est inexact, à notre avis, que le texte édicte une présomption de ce genre : il autorise la preuve par possession d'état, tout simplement, ce qui est bien différent;

2° L'enfant, qui demande à prouver le mariage de ses auteurs au moyen de la possession d'état, doit avoir lui-même la *possession d'état d'enfant légitime* (art. 197). Les deux possessions sont indépendantes; du moins, le législateur les a considérées comme telles; il faut que l'enfant passe, aux yeux du public, pour l'enfant légitime de ses auteurs, lesquels le traitaient en cette qualité;

3° Il faut encore que cette possession d'état d'enfant légitime *ne soit point contredite par l'acte de naissance* (même texte). Si cet acte attribue au réclamant la qualité d'enfant naturel, le bénéfice de l'article 197 lui est refusé; il lui est reconnu, au contraire, si l'enfant a été inscrit comme né de père et mère inconnus, cette mention ne préjugeant rien contre sa légitimité.

Il a été jugé que l'enfant n'est pas tenu de représenter son acte de naissance; c'est à l'adversaire, s'il allègue que cet acte contredit la possession d'état d'enfant légitime, qu'il appartient de le produire. Civ., 30 nov. 1920 (*S.* 1921, 1, 241, note R. Morel);

4° *Qui peut user de l'article* 197. — Ce sont les *enfants*, nous dit le texte; et il vise par là uniquement les *enfants légitimes*, les seuls, bien évidemment, qui puissent avoir l'idée de prouver le *mariage* de leurs auteurs et qui, sauf exception, bénéficient de la possession d'état d'enfants légitimes, laquelle est exigée par l'article 197. Mais il est certain que les héritiers de ces enfants légitimes, et notamment leurs propres enfants, seraient fondés à utiliser le mode de preuve exceptionnel ouvert par la loi.

895. Preuve à administrer. — Lorsque ces quatre conditions sont réunies, le descendant est admis à prouver le mariage de ses auteurs au moyen de la possession d'état; il s'efforcera d'établir qu'ils avaient la possession d'état d'époux légitimes; dans ce but, il utilisera toutes preuves, tous indices : par exemple, il avait été rédigé un contrat de mariage; ou bien, dans les actes concernant les défunts, ceux-ci étaient régulièrement qualifiés de mari et femme.

896. Autorité de la preuve administrée. — Cette autorité n'est point irréfragable : tout ce que dit l'article 197, c'est que la légitimité de l'enfant ne pourra plus être contestée « *sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration...* », ce qui laisse assez clairement entendre qu'elle pourra l'être pour d'autres raisons. Et, en effet, la doctrine et la jurisprudence admettent que la preuve de la possession d'état peut être ruinée par des preuves contraires, mais à la condition que celles-ci soient topiques, qu'elles établissent directement la non-célébration, comme s'il est établi que, lors de la conception de l'enfant en cause, la mère était engagée dans les liens du mariage avec un autre homme que celui qui est désigné, dans l'acte de mariage, comme le père de l'enfant (Req., 7 avril 1869, *S.* 1869, 1, 250; *D. P.* 1869, 1, 449; Aix, 11 déc. 1933, *D. P.* 1936, 2, 57, note Nast; *S.* 1935, 2, 78).

Ainsi, la preuve contraire est admise, à la condition qu'elle soit directe, ce qui montre bien que ce n'est pas une présomption légale qui est édictée dans l'article 197, car une telle présomption serait irréfragable (art. 1352, § 2).

897. II. Preuve du mariage résultant d'une procédure criminelle. — Les articles 198 à 200 qui réglementent cette preuve sont difficiles à expliquer à des élèves de première année, car leur compréhension suppose connues des notions de droit pénal, car aussi ils sont rédigés assez malheureusement en des termes inexacts et obscurs, ce qui s'explique d'ailleurs par cette considération que, lors de leur composition, c'est-à-dire antérieurement à la confection du Code d'instruction criminelle et du Code pénal, on n'était pas encore fixé sur la terminologie à employer en pareille matière, sur les classifications à établir entre les différentes infractions : nous serons d'autant plus bref que l'intérêt pratique de ces dispositions est assez minime pour que la jurisprudence soit, sur ce sujet, à peu près inexistante.

898. Hypothèse. — Le législateur suppose, dans les articles 198 à 200, que la preuve régulière du mariage, par les

registres, a été détruite et altérée à raison d'un fait prévu et puni par la *loi pénale*; si ce fait est déféré aux tribunaux et si ceux-ci en reconnaissent l'existence — par exemple en châtiant le coupable — la réalité du mariage se trouve par là même établie, *judiciairement*. Si, par exemple, tel individu est condamné pour avoir déchiré, supprimé le feuillet sur lequel figurait l'acte de mariage de telles personnes, ou bien si l'officier de l'état civil est convaincu d'avoir commis un faux ou d'avoir inscrit un acte sur une feuille volante, il est clair que le mariage en question sera par là même judiciairement prouvé; il suffira donc d'inscrire le jugement sur les registres de l'état civil pour que la preuve de l'union soit faite *erga omnes*, et pour qu'elle produise *tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants* (art. 198). Il est bien vrai que, d'ordinaire, la chose jugée n'a qu'un effet relatif, mais il faut observer : 1. d'abord que nous avons un texte qui déroge à ce principe, celui-là même auquel nous venons de nous référer; 2. que le jugement est inscrit sur les registres de l'état civil et qu'il doit donc tout naturellement bénéficier de leur large rayonnement probatoire; 3. que la décision émane *normalement* d'une *juridiction répressive* — cour d'assises, tribunal correctionnel — c'est-à-dire d'organes dont les décisions possèdent une autorité absolue.

899. Juridictions visées par les articles 198 à 200. — Nous avons dit que la décision émanait *normalement* d'une juridiction répressive, et non toujours. C'est qu'en effet, il faut distinguer :

1° *Le coupable vit encore, et il est connu.* En ce cas, la décision visée par l'article 198 est celle qui intervient sur l'exercice de l'*action publique* et qui émane donc d'une juridiction répressive, soit une *cour d'assises*, comme le suppose le texte, soit un *tribunal correctionnel*, ainsi qu'il omet de s'en expliquer;

2° *Le coupable est décédé.* Alors, il n'est plus question de poursuite, criminelle ou correctionnelle : l'*action publique* est éteinte par le décès du coupable; on ne condamne pénalement ni les morts, ni leurs héritiers, les peines ayant un caractère personnel. En revanche, l'*action civile* subsiste; on peut réclamer des réparations, notamment des dommages-intérêts aux héritiers de l'auteur de l'infraction : c'est ce que suppose l'article 200. Seulement, il y a alors cette particularité que ladite action civile est exercée par le *procureur de la République* sur la dénonciation des intéressés et en leur présence : c'est qu'on veut conjurer des fraudes,

des *collusions* entre les héritiers du prétendu coupable et ceux qui ont intérêt à prouver le mariage; les premiers ne se défendraient pas ou se défendraient mal et on arriverait ainsi à établir la preuve d'un mariage qui n'aurait jamais été célébré.

900. Défaut d'intérêt pratique des dispositions des articles 198 à 200. — Ce défaut d'intérêt pratique tient : 1° à ce que les infractions prévues sont heureusement fort rares; 2° à ce que les intéressés ont une autre ressource que leur fournit l'article 46 : du moment que les articles 198 à 200 sont applicables, l'article 46 l'est également, mais sans réciprocité : le mariage sera prouvé tant par titres que par témoins.

Cependant, on peut trouver, à recourir aux articles 198 à 200, certains avantages :

1° La preuve nécessitée pour obtenir, devant la juridiction répressive, la condamnation du coupable, peut être plus aisée à administrer que la preuve directe de la célébration du mariage, même avec les facilités accordées par l'article 46;

2° La procédure de l'article 46 aboutirait à un jugement dont la loi n'a pas prévu l'inscription sur les registres et qui n'aura donc qu'une *autorité relative* (*sup.* n° 295), au lieu que la décision intervenue sur la procédure criminelle ou correctionnelle, devant être inscrite sur les registres, bénéficierait de la force probatoire de ceux-ci.

Section VI. — DISSOLUTION ET RELÂCHEMENT DU MARIAGE

901. Causes de dissolution. Définition. — Il faut entendre par là les événements qui mettent fin à un mariage valable, qui en brisent le cours sans rétroactivité et uniquement pour l'avenir.

Il faut donc écarter l'éventualité d'une *nullité* ou d'une *annulation*; une fois le jugement de nullité intervenu, le mariage disparaît rétroactivement; il n'est pas considéré comme dissous, mais comme n'ayant jamais existé. Il n'en va autrement que s'il avait un caractère *putatif* : la nullité n'agit alors que pour l'avenir; les effets antérieurement produits subsistent, les enfants conservent leur qualité d'enfants légitimes (*sup.*, n° 865) et la situation ressemble assez à celle qui suivrait une véritable dissolution du mariage.

Pour une autre raison, il faut éliminer l'*absence* de l'un des conjoints; elle ne met pas fin au mariage; l'époux pré-

sent ne peut pas se remarier, aussi longtemps du moins que la preuve n'est pas acquise du décès de l'absent (art. 147); et, lorsque cette preuve est faite, si le mariage est dissous, ce n'est pas à raison de l'absence, mais du fait même du décès.

Ces événements éliminés, il reste, en tant que véritables modes de dissolution du mariage, outre l'annulation d'un mariage putatif, le *décès* et le *divorce*; le décès qui est le mode normal, le divorce qui est, ou qui devrait être un dénouement tout à fait exceptionnel.

902. Les secondes noces. — Dans tous les cas, et quel que soit l'événement qui ait mis fin au mariage, le conjoint survivant ou les deux époux divorcés peuvent contracter une nouvelle union : les secondes noces sont admises, non seulement par la loi civile, mais aussi par l'Eglise.

Seulement, certaines *dispositions restrictives* sont à noter qui s'expliquent la plupart par le désir de protéger les enfants issus du premier lit que l'on veut préserver de la jalousie, du ressentiment d'un parâtre ou d'une marâtre :

1° C'est ainsi qu'on enlève ou qu'on atténue le droit de *correction* en tant qu'il porterait sur les enfants issus du premier mariage (art. 380 et 381, *inf.* 1095 et 1096);

2° Ainsi que le Code civil prend des précautions au cas de remariage de la mère tutrice (art. 395, 396, 399 et 400, *sup.* n° 363);

3° Ainsi encore que la loi limite, dans l'article 1098, le droit de disposition à titre gratuit de l'époux remarié au profit de son nouveau conjoint : on craint qu'il ne soit tenté de dépouiller ses enfants au profit de celui-ci.

D'autre part, il faut noter que le conjoint survivant qui se remarie perd l'usufruit que la loi du 14 juillet 1866 lui confère sur les œuvres artistiques ou littéraires du prédécédé (art. 1er de cette loi).

Et il faut aussi se rappeler que la femme qui veut se remarier doit observer le délai dit de *viduité* (*sup.*, n° 711).

Déchéances abrogées : 1° D'après le Code civil, la mère qui se remariait perdait son droit de *jouissance légale* sur les biens des enfants issus du premier lit (art. 386) : une loi du 21 février 1906 a supprimé cette cause de déchéance;

2° D'après l'article 206, ancienne rédaction, la *belle-mère* remariée ne pouvait plus demander d'*aliments* à son gendre ou à sa belle-fille; cette déchéance a été supprimée par une loi du 9 août 1919;

3° De même, aux termes de l'article 767, ancienne rédaction, le conjoint survivant qui se remariait — que ce fût le

mari ou la femme — perdait son droit d'*usufruit successoral*, du moins s'il existait des enfants issus du premier mariage : cette pénalité a disparu avec une loi du 3 avril 1917, qui a biffé le dernier alinéa de cet article 767.

Comme on le voit, la tendance actuelle est nettement favorable aux seconds mariages où l'on ne veut plus voir une cause de déchéances et d'incapacités.

903. Le relâchement du mariage. — Le lien conjugal peut, au lieu d'être brisé, être relâché par une *séparation de corps* prononcée entre les époux, qui restent tels : la vie commune disparaît, et, avec elle, le foyer, mais le mariage subsiste.

Nous étudierons :

1° Le *divorce*, mode de *dissolution* du mariage;

2° La *séparation de corps*, mode de *relâchement* du lien conjugal.

LE DIVORCE

904. Sources. — Code civil, livre I, titre VI, art. 229 et suiv.; lois du 27 juill. 1884 et du 18 avril 1886 qui ont modifié gravement les dispositions du Code civil; lois du 26 juin 1919, du 9 août 1919, du 26 mars 1924, du 4 fév. 1928, du 19 déc. 1928, du 30 mars 1929, art. 50, du 4 janv. 1930 (art. 295, C. civ.); du 17 mars 1931 (art. 244, C. civ.); du 13 avril 1932; du 19 février 1933.

Bibliographie. — A. Naquet, *Le divorce*; Goirand, *Traité du divorce*; H. Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, 5 vol.; Carpentier, *Divorce et séparation de corps*, 2 vol.; A. Tissier, *Rapport à la Société d'études législatives* (Bull., 1906, p. 117); Piérard, *Divorce et séparation de corps*, 3 vol. (traité théorique et pratique suivant la législation, la doctrine et la jurisprudence française et belge, et le droit international); Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, n^os^ 38 et s.; Savatier, *Le dynamisme du divorce*, dans *Le droit, l'amour et la liberté*, 1937, p. 5; thèses de Oliv. Martin, Paris, 1901; Rol, Aix, 1905; Weill, Paris, 1906; Vignaud, Paris, 1911; Grégoire, Paris, 1912; Leclerc, Paris, 1920, Marchand, Montpellier, 1921; Caby, Paris, 1924.

905. Idée générale; notions historiques. — Le divorce est la rupture du mariage, du vivant des époux, soit par leur commune volonté, soit par la volonté d'un seul qui

répudie l'autre : telle est la définition la plus générale que l'on puisse donner, *en législation*, de cette institution qui comporte, suivant les pays et les époques, des modalités très variables.

Les *Romains* connurent le divorce, et ils le pratiquèrent abondamment, sous ses deux formes : par consentement mutuel (*bona gratia*) et par la volonté d'un seul (*repudium*).

Le *christianisme* dut réagir contre une trop grande licence; au XII[e] siècle, l'*indissolubilité* du mariage a toute la valeur d'un dogme chrétien; elle paraît aussi nécessaire que sa *perpétuité* : le Concile de Trente l'enregistra tout naturellement.

Cependant, l'Eglise elle-même devait faire la part des faiblesses humaines et des situations exceptionnelles; elle fut amenée à accueillir deux *palliatifs* à la règle de l'indissolubilité :

1° Elle admet la *séparation de corps* qui, à vrai dire, ne rompt pas le mariage, mais le relâche simplement, le *divortium quoad habitationem*, qu'on appelle parfois le *divorce des catholiques*;

2° Elle construit une théorie des *nullités de mariage*, suffisamment large pour abriter de véritables cas de divorce; car, elle accueille parfois, en tant que causes de nullité, des circonstances postérieures à la célébration, par exemple la *non-consommation* du mariage.

La *Révolution* devait réagir contre la rigueur du système canonique, comme l'Eglise avait elle-même réagi contre le relâchement des mœurs du Bas-Empire : le mariage étant considéré par la loi comme un contrat civil, rien ne s'opposait plus à sa dissolution anticipée; et, en effet, une loi du 20 septembre 1792 restitua au divorce son ancien empire; il devenait possible et par le consentement mutuel et par la volonté d'un seul appuyée sur de justes motifs, au nombre desquels figurait l'incompatibilité d'humeur et de caractère; en réalité, c'était le divorce à discrétion qui était offert à tous; c'est pourquoi la séparation de corps, devenue inutile, était absolument proscrite; pourquoi aussi on vit se renouveler les abus qui avaient sévi à Rome à l'époque du Bas-Empire; en l'an VI, le nombre des divorces dépassa celui des mariages, en sorte que l'union légitime était menacée dans son fondement même, dans cette stabilité qui en constitue la caractéristique et la raison d'être.

Il appartenait au *Code civil* de réagir à son tour contre cette anarchie familiale, et il est probable que la rupture de l'union du vivant des époux aurait été impitoyablement

proscrite si Bonaparte, qui songeait sans doute, dès cette époque, au divorce qui devait permettre plus tard à Napoléon de contracter une nouvelle union, plus brillante et plus féconde que la première, n'était intervenu en faveur du maintien de cette institution. Du moins fut-elle entourée de garanties destinées à prévenir les abus : désormais, le mariage redevient perpétuel, en principe; le divorce est une mesure exceptionnelle, pour les cas extrêmes; à vrai dire, il est admis sous ses deux formes romaines, par consentement mutuel et par la volonté d'un seul; mais la rupture du mariage par le consentement mutuel des époux est semée de tels obstacles qu'elle fonctionne bien rarement; quant au divorce par la volonté d'un seul, il n'est admis que pour des causes énumérées en petit nombre. Enfin, la séparation de corps est rétablie.

Ce système, sagement conçu, ne devait pas être de longue durée : avec la Charte de 1814, le catholicisme redevint religion d'Etat; c'était la condamnation du divorce qui fut aboli par une loi du 8 mai 1816 : désormais, la séparation de corps redevient le remède unique pour les mariages malheureux.

Cette situation se prolonge jusqu'en 1884; c'est à cette date seulement qu'à la suite d'une vigoureuse campagne entreprise par M. Naquet, le divorce fut réintégré dans nos lois (Loi du 27 juill. 1884). On n'en revenait d'ailleurs pas purement et simplement au régime du Code civil; c'était uniquement *le divorce par la volonté d'un seul*, par répudiation, qui trouvait asile dans la loi.

La loi du 27 juillet 1884, qui avait été incorporée au Code civil, fut elle-même modifiée à différentes reprises, notamment par la loi du 18 avril 1886.

906. Moralité de cet historique. — 1° L'histoire du divorce est, dans notre pays, l'histoire de la religion catholique, et, plus spécialement, des rapports de l'Etat avec l'Eglise : du moment que la religion catholique est religion d'Etat, le divorce est proscrit; il cesse de l'être ou il peut être rétabli dès lors que l'Etat se sépare officiellement des confessions religieuses (Ripert, *op. cit., loc. cit.*);

2° Cette même histoire nous montre que, s'il ne faut pas s'exagérer la puissance du législateur, il ne convient pas, à l'inverse, de la nier absolument. Si la maxime « *Quid leges sine moribus?* » contient une part de vérité, il en va de même de son anagramme : « *Quid mores sine legibus?* » Il suffit de rompre les digues protectrices pour que le mariage

soit menacé subitement dans son existence même; en les rétablissant, on lui rend son pouvoir et sa solidité;

3° Le divorce est une institution *pratiquement nécessaire*, un *mal nécessaire*; lorsqu'il disparaît sous sa forme avouée, il reparaît obliquement sous une forme plus ou moins déguisée ou adoucie, sous un autre nom : séparation de corps ou nullité de mariage. Le dogme de l'indissolubilité a besoin d'une soupape de sûreté; sinon, il ferait sauter l'institution même qu'il prétend protéger.

907. Appréciation critique du divorce. — C'est qu'en effet, il surgit des éventualités dans lesquelles la vie commune devient intolérable aux époux, transformés en ennemis; il serait cruel de river à la même chaîne deux êtres qui se méprisent ou qui se haïssent, alors par exemple que cette chaîne devient une chaîne de forçat au sens littéral du mot : l'union n'est plus possible, *même nominalement*, entre l'honnête femme et le mari condamné pour vol ou pour trahison, pas plus qu'entre l'honnête homme et la femme qui, tombée au dernier degré de l'abjection, devenue une prostituée, déshonore et ridiculise son mari. En dehors même de ces cas extrêmes, il arrive que de graves dissentiments, que des torts impardonnables fassent obstacle au *consortium vitæ* qu'implique le mariage; il advient que la thérapeutique demeure impuissante à enrayer le mal et qu'il faille tailler dans le vif, non seulement dans l'intérêt des époux, mais dans celui de l'institution elle-même et de la société.

Car le point de vue social n'est pas nécessairement en contradiction avec les convenances individuelles : la société n'a pas intérêt à la permanence d'unions malheureuses qui ne constituent pas précisément une réclame pour l'institution, qui contribueraient plutôt à la discréditer dans l'opinion publique; elle a intérêt au contraire à ce que seuls subsistent les couples, sinon heureux, du moins possibles.

908. L'histoire et le droit comparé. — Nous avons pu constater que les enseignements de l'histoire sont favorables à la thèse du divorce; ceux que nous fournit le *droit comparé* ne sont pas moins concluants; de nos jours, la grande majorité des législations admettent la rupture du lien conjugal du vivant même des époux : le divorce est réglementé, sous des modalités diverses, en *Allemagne* (C. civ. allemand, art. 1564 et suiv.), en *Suisse* (C. civ. suisse, art. 137 et suiv.), en *Angleterre*, au *Portugal* (L. 25 déc. 1910), en *Tchécoslovaquie* (L. 22 mai 1919), aux *Etats-Unis*, dans les

pays scandinaves et surtout en terre *soviétique* (Code de la famille, art. 86 et suiv.). Seuls résistaient au mouvement général, les pays particulièrement imprégnés de catholicisme : l'*Espagne*, l'*Italie*, l'*Autriche;* mais l'Espagne républicaine a passé dans le camp de la majorité avec la loi du 2 mars 1932 qui consacre et réglemente le divorce, tant par consentement mutuel que pour causes déterminées (v. *Annuaire lég. étrang.* 1933, p. 159). En revanche, le dogme de l'indissolubilité a été encore renforcé en Italie du fait des accords du Latran, du 11 février 1929 : aux termes du concordat intervenu entre le Saint-Siège et l'Italie (art. 34), « l'Etat italien, voulant redonner à l'institution du mariage, qui est la base de la famille, une dignité conforme aux traditions catholiques de son peuple, reconnaît au sacrement du mariage, réglé par le droit canonique, les effets civils » (v. les *Constitutions modernes* de F. R. Dareste et P. Dareste, 4e éd. par Delpech et Laferrière, t. II, p. 866).

909. Objections. — On a adressé au divorce de nombreuses objections :

1° Une objection d'*ordre religieux* : comment admettre, dans un pays comme la France, où les catholiques sont en grande majorité, que le mariage puisse se rompre par un moyen que l'Eglise catholique réprouve? Mais on oublie que le mariage est devenu, depuis 1791, un contrat civil, qu'autre chose est le sacrement religieux, autre chose l'union légale : le sacrement demeure intangible, indélébile, il est conféré une fois pour toutes et pour la vie; mais on conçoit qu'il en aille autrement du lien civil, lequel est formé par les pouvoirs publics : mariage religieux et mariage civil ont chacun son statut particulier, ses règles propres. D'ailleurs, le divorce n'est jamais obligatoire pour les époux; libre à eux de se contenter de la séparation de corps que notre législation, dans son libéralisme et dans son éclectisme, leur offre également; et qu'on n'objecte pas qu'il dépendra de l'un d'eux d'imposer le divorce à l'autre : la prétendue victime aura, par hypothèse même, commis une faute grave — adultère, sévices, injure : elle serait mal venue, après cela, à se plaindre d'un dénouement dont elle est responsable;

2° On a mis en avant, pour condamner le divorce, la *solidité*, la *stabilité* nécessaires au mariage et que cette institution risque de compromettre : mais la réponse appartient au législateur lui-même; il dépend de lui, en raréfiant et en précisant les causes du divorce, d'éviter les abus;

3° L'*intérêt des enfants* fournit aux adversaires du divorce l'argument le plus impressionnant; il est certain que la

situation des enfants dont les parents ne sont plus mariés n'est pas précisément enviable. Cependant, on peut se demander si elle n'est pas encore préférable à celle des enfants dont les parents sont séparés de fait, ou encore vivent ensemble, mais dans des querelles incessantes qui sont, pour de jeunes esprits, d'un exemple déplorable, qui constituent pour de jeunes âmes un dur apprentissage de de vie; d'ailleurs, l'objection prouve trop, car elle vaut pour la séparation de corps autant que pour le divorce;

4° Mais, ajoute-t-on, la *séparation de corps* ne suffirait-elle pas à résoudre le problème? Avec elle, la vie commune cesse; elle réalise tout ce que le divorce contient d'avantageux, d'admissible; elle répudie le reste; elle atteint le but, sans le dépasser. Mais on peut estimer qu'elle reste en deçà : avec elle, les époux demeurent liés; ils sont condamnés à un *célibat de pur fait*; leur situation est fausse; ils sont rivés par une chaîne qui n'existe plus que théoriquement; et puis, comme nous l'avons noté, il est vraiment humiliant, et presque déshonorant, d'être le conjoint, même séparé, d'un malfaiteur, d'un traître, d'un chevalier d'industrie, d'une prostituée; lorsqu'un abcès atteint de telles proportions, mieux vaut l'ouvrir que l'entretenir obstinément : il est une limite au delà de laquelle la constance et la fidélité changent de nom.

910. Conclusion. — En manière de conclusion, il faut admettre que le divorce, s'il n'est pas, comme le déclarait Montesquieu, « conforme à la nature », est, du moins, une institution utile et même nécessaire, mais dont il appartient au législateur de circonscrire soigneusement, exactement le domaine, afin d'éviter les abus possibles. L'union légitime doit être considérée comme *perpétuelle* de sa nature, mais non pas comme nécessairement indissoluble : la *perpétuité*, voilà pour le principe, pour l'esprit de l'institution; la *rupture possible*, voilà pour les cas exceptionnels, pour les accidents.

911. Statistique. — Si notre législateur s'était toujours conformé à ces directives, le divorce ne serait pas entré, comme il l'a fait, dans nos mœurs; il n'aurait pas bénéficié de l'impressionnante progression que nous attestent les statistiques : du chiffre annuel de 3.000 environ au lendemain de la promulgation de la loi de 1884 (2.950 en 1886), le nombre des divorces s'est élevé à 15.000 environ dans les années qui ont précédé la guerre; avec celle-ci, la situation a rapide-

ment et considérablement empiré : en 1921, le record a été atteint avec le chiffre de 27.684.

Depuis cette date, la courbe tend à s'infléchir, au moins pendant quelques années; 25.159 en 1922 (d'après le *compte général de l'administration de la justice civile et criminelle*); 21.896 en 1928; 21.139 en 1929; mais 22.740 en 1933 (plus 971 jugements de conversion de séparation de corps en divorce).

Il résulte des renseignements fournis par les divers Ministères que, dans ce barème, Paris tient la tête, sans contestation possible et de beaucoup, tandis que les pays montagneux et pauvres viennent à la fin de la liste; pour saisir la nuance, il suffira d'indiquer que, pendant l'année 1922, il a été prononcé, dans le département de la Seine, 5.374 divorces pour une population de 4.628.637 habitants, soit un divorce pour 861 habitants, alors que, dans la Lozère, les chiffres sont de 8 divorces pour un total de 104.733 habitants, soit un divorce pour 13.091 habitants : on divorce donc environ *quinze* fois plus, dans la capitale, que dans les causses de la Lozère. Pour l'année 1927, la disproportion est encore plus accusée : 6.274 divorces dans le département de la Seine, contre 4 dans celui de la Lozère; en 1929, 5.986 contre 2. Aux Etats-Unis, la proportion est plus élevée, *pour l'ensemble du pays*, que chez nous pour le seul département de la Seine; en 1927, 192.000 divorces pour une population de 117 millions d'habitants.

Il n'est pas sans intérêt de noter que le rapport entre les admissions et les rejets cadre, dans nos départements, avec le pourcentage des divorces : tandis que les demandes sont accueillies, par le tribunal de la Seine, dans la proportion de 98 pour cent, elle ne le sont, dans certains départements, que jusqu'à concurrence de 90 (Corse, Ardèche) ou de 80 (Loire-et-Cher, Morbihan), ou même de 50 pour cent (Lozère : en 1929, 4 demandes, 2 divorces).

Autre constatation : on divorce beaucoup plus dans la classe ouvrière que dans les populations rurales; en 1929, 10.402 demandes en divorce émanaient d'ouvriers ou assimilés, contre seulement 1.978 demandes formées par des cultivateurs; pour l'année 1933, les chiffres sont respectivement de 11.041 et de 2.101; le contraste est d'autant plus accusé que la classe rurale est plus nombreuse que la classe ouvrière; à cet égard, l'influence néfaste qui est exercée par la vie industrielle et manufacturière, surtout dans les grandes agglomérations, ne saurait être contestée.

Les demandes émanées de la femme sont plus nombreuses que celles qui sont formées par le mari (pour l'année 1933,

15.180 d'une part, 11.279 de l'autre); et c'est pendant les cinq premières années du mariage que les cas de divorce sont les plus fréquents : 10.227 demandes en 1933, sur un total de 26.459.

912. Plan. — Nous étudierons :
1° Les *causes* de divorce;
2° La *procédure*;
3° Les *effets du divorce*.

§ I. — LES CAUSES DE DIVORCE

913. Aperçu général. — On sait déjà que le Code civil avait admis le divorce sous deux formes traditionnelles : par *consentement mutuel* et par *volonté unilatérale* de l'un des conjoints; la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce supprimé en 1816, a proscrit le divorce par consentement mutuel pour ne conserver que la rupture par volonté unilatérale, par voie de répudiation. Sans doute, la pratique judiciaire a trahi, sur ce point, les intentions du législateur : en fait, et surtout dans les prétoires parisiens, les divorces *bona gratia* sont fréquents : non seulement il arrive que les époux simulent, d'un commun accord, une cause de divorce imaginaire, mais encore ils vont jusqu'à étaler leur entente au grand jour, à l'avouer au tribunal qui rend un *jugement convenu*, sanctionnant la convention des parties, sans même qu'une enquête soit ordonnée pour contrôler leurs dires : c'est l'accord parfait en vue de la désunion définitive, accord illégal, sanctionné par une jurisprudence indéfendable sur le terrain des textes comme sur celui des mœurs.

Il n'en reste pas moins qu'en droit, seul existe le divorce *par volonté unilatérale et pour causes déterminées* (Req. 15 janv. 1929, *D. H.*, 1929, 81).

Ces causes sont au nombre de quatre, dont deux sont très précises, dont une troisième l'est déjà moins, dont la quatrième ne l'est plus du tout. Ce sont :

1° L'*adultère* (art. 229 et 230);
2° La *condamnation* de l'un des époux à une peine afflictive et infamante (art. 232);
3° Les *excès* et les *sévices* (art. 231);
4° L'*injure grave* (art. 231).

Dans la grande majorité des cas, c'est pour cause d'excès, de sévices, mais surtout d'injure grave, que le divorce est demandé et prononcé.

Ces diverses causes ont pour caractéristique de déterminer

une atteinte profonde au lien conjugal en rendant la vie commune intolérable (Civ. 14 mars 1928, *S.*, 1929, 1, 92).

914. I. Première cause de divorce : l'adultère. — Les articles 229 et 230 posent le principe de l'égalité des sexes devant l'adultère : la faute du mari, comme celle de la femme, constitue une cause de divorce, et une cause *péremptoire*; du moment que l'adultère a été consommé, qu'il est établi, le tribunal n'a pas de pouvoir d'appréciation; il *doit* prononcer le divorce qui lui est demandé par le conjoint offensé, sans pouvoir faire état d'un prétendu défaut d'intention coupable chez le conjoint adultère (Req. 5 août 1901, *S.*, 1901, 1, 400; *D. P.*, 1901, 1, 470; Civ 29 janv. 1936, *D. H.*, 1936, 146, *S.*, 1937, 1, 15).

Le Code civil faisait, au contraire, une situation de faveur à l'homme, dont la faute ne donnait ouverture au divorce qu'autant qu'elle était entourée d'une double circonstance aggravante : entretien d'une concubine, et au domicile conjugal. La loi du 27 juillet 1884 a fait disparaître cette irrégularité de traitement qui s'expliquait uniquement par cette considération que l'adultère du mari, à la différence de celui de la femme, ne risque pas d'introduire dans la famille légitime des enfants d'une provenance externe.

Mais il faut observer :

1° Que l'inégalité subsiste au regard de la loi *pénale* (*Sup.* n° 874);

2° Que cette inégalité rejaillit sur la réglementation civile en ce sens que l'adultère de la femme, constituant toujours un délit, peut donc être, dans tous les cas, l'occasion de la réquisition d'un commissaire de police, lequel dressera un *procès-verbal de constat*; au lieu que l'adultère du mari, par cela même qu'il ne présente un caractère délictueux que s'il est aggravé par les deux circonstances rappelées, ne deviendra que dans cette éventualité extrême un juste motif de réquisition du commissaire de la part de l'épouse trompée qui devra donc, en toute autre occurrence, recourir à d'autres modes de preuve.

915. II. Deuxième cause de divorce. Condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante (art. 232). — Rentrent dans cette catégorie toutes les peines criminelles, sauf le bannissement et la dégradation civique, lesquelles sont bien infamantes mais non afflictives. Il s'agit donc des peines suivantes : mort, travaux forcés, réclusion, déportation, détention.

Les peines simplement correctionnelles, comme l'emprisonnement, ne rentrent pas dans le cadre de l'article 232.

916. — Cette deuxième cause de divorce est, comme la première, *péremptoire* : le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation; mais encore faut-il, pour que le divorce soit fatal, que certaines conditions se trouvent réunies :

1° Il faut que la condamnation soit *définitive* : une condamnation par *contumace*, laquelle tombe de plein droit si le condamné se représente ou s'il est arrêté, n'est pas une cause péremptoire de divorce;

2° Il faut, sans aucun doute, que la condamnation émane d'une juridiction *française*;

3° Il faut qu'elle n'ait pas été effacée par l'*amnistie* (Lyon, 20 déc. 1933, *S.*, 1934, 2, 148), ou par la *réhabilitation*. Mais la *grâce* ou la *prescription*, parce qu'elles ne font pas disparaître la condamnation, laissent à celle-ci son caractère de cause péremptoire de divorce;

4° Il est indispensable que la condamnation soit *postérieure* au mariage; c'est ce que suppose implicitement l'article 232 lorsqu'il vise la condamnation de l'un des *époux*, c'est-à-dire en cette qualité; d'ailleurs, si la condamnation est antérieure au mariage, elle ne constitue pas un fait nouveau; l'un des époux s'est trompé sur le passé de l'autre, mais cette erreur ne lui ouvre pas, *de plein droit*, le divorce.

Pour l'année 1928, on relève 311 cas dans lesquels le divorce fut prononcé par application de l'article 232; dans six de ces cas, il s'agissait de la conversion en divorce d'une séparation de corps antérieurement prononcée pour le même motif (*Compte général d'administration de la justice*, 1932, p. 35 et s.).

917. III. Troisième cause de divorce : excès et sévices. — Art. 231. On désigne sous ces vocables, qui font double emploi, les mauvais traitements matériels, les *voies de fait*.

Cette cause de divorce n'est point péremptoire; le tribunal dispose, en pareille matière, d'un pouvoir d'appréciation : telle voie de fait qui, dans un certain milieu social et dans des circonstances déterminées, revêt une extrême gravité, pourra être considérée, dans un autre compartiment social et en d'autres conjonctures, comme une peccadille, un fait divers sans conséquence juridique possible; l'usage ou les usages retentissent ici sur le droit.

918. IV. **Quatrième cause de divorce : l'injure grave.** — Art. 231. Voilà une cause qui n'a l'air de rien, qui se présente sous des allures discrètes et qui constitue en réalité la cause générique du divorce. C'est avec elle que nos tribunaux en sont arrivés à fausser l'institution, à répandre les bienfaits du divorce avec une fâcheuse prodigalité : l'injure grave est, en fait, la porte de sortie du mariage : le législateur avait voulu l'entr'ouvrir; la jurisprudence l'a ouverte toute grande.

919. — C'est qu'il s'agit là d'une notion fort élastique; l'injure, en matière de divorce, ce n'est pas seulement, comme la définit l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, tout terme de mépris ou d'invective, c'est-à-dire l'injure verbale ou écrite; c'est aussi toute attitude, toute conduite, tous faits outrageants, blessants pour l'un des conjoints. Il y a injure grave, dans l'état actuel de la jurisprudence, si le mari refuse à sa femme l'accès du domicile conjugal, ou s'il vit loin d'elle, la laissant dans un état d'abandon matériel et moral (Req. 6 mai 1935, *D. H.*, 1935, 347). Ou si, à l'inverse, la femme déserte ce domicile, fût-ce pour se réfugier dans sa famille; si l'un des conjoints se refuse à la consommation du mariage (Req., 6 avril 1908, *S.*, 1908, 1, 240) ; si l'un d'eux, après l'union civile, se dérobe à la cérémonie religieuse (Angers, 29 janv. 1859, *D. P.*, 1860, 2, 97; trib. civ. Seine, 3 mars 1933, *S.*, 1934, 2, 67) ; si le mari s'oppose à ce que les enfants soient baptisés, ou s'il refuse de recevoir les parents de sa femme, ou encore s'il s'oppose au congédiement d'un domestique qui a manqué d'égards à celle-ci (Req., 30 nov. 1898, *S.*, 1902, 492) ; ou s'il oppose à sa femme un mutisme volontaire et obstiné (Rennes, 6 avril 1933, *D. H.*, 1933, 406), ou encore s'il a communiqué à sa femme certaine maladie dont il savait être atteint (Civ., 7 mai 1935, *S.*, 1935, 1, 220; *D. P.*, 1935, 1, 78).

920. — Bien mieux, on n'exige pas que le fait incriminé soit postérieur au mariage : on retient même les circonstances antérieures; commet une injure grave, la femme qui a caché à son mari son état de grossesse anticipé (Lyon, 4 août 1891, *D. P.*, 1892, 2, 219), ou le prêtre qui a dissimulé son état ecclésiastique, ou le mari qui a dissimulé son impuissance (Req., 25 janv. 1922, *D. P.*, 1924, 1, 7).

921. Conséquences indirectes de cette large conception de l'injure grave. — Comprise aussi largement,

l'injure grave va pouvoir retentir, déborder sur les trois autres ouvertures dont elle élargit sensiblement le domaine.

1° Ainsi, tandis que les articles 229 et 230 ne prévoient le divorce qu'au cas d'*adultère* consommé par l'un des époux, de simples imprudences de la part de la femme qui n'a pas suffisamment sauvegardé sa réputation, suffisent à étayer une demande basée sur l'injure grave (V. *sup.*, n° 873. Pour le cas où c'est la conduite du mari qui est répréhensible, V. Req., 19 juill. 1909, *S.*, 1910, 1, 7);

2° L'article 232 prévoit que l'un des époux a subi une condamnation à une peine *criminelle*; si cependant l'un des époux se rend coupable d'une infraction punie d'une peine correctionnelle, par exemple d'un vol simple entraînant la peine de l'emprisonnement, son conjoint pourra se dire gravement injurié et demander le divorce, non pas sans doute en vertu de l'article 232, dont les termes ne sont point satisfaits dans l'espèce, mais par application de l'article 231. Et la remarque est importante : le tribunal aura un pouvoir d'appréciation qui lui ferait défaut si c'était la cause péremptoire de l'article 232 qui eût joué;

3° Ce même texte exige une condamnation postérieure au mariage (*sup.*, n° 916); mais qu'à cela ne tienne : si un malfaiteur, au casier judiciaire orné de condamnations pour infractions de droit commun, se présente comme un honnête homme et trompe ainsi une jeune fille, celle-ci qui, nous le savons, n'a pas la ressource d'arguer de la nullité du mariage (*sup.*, n° 837), qui ne pourrait pas davantage demander le divorce en se basant sur l'article 232, trouvera un refuge dans la notion si complaisante de l'injure grave et obtiendra la liberté grâce à l'article 231.

922. Danger de cette conception. — Ainsi comprise, cette quatrième cause d'ouverture est devenue la cause de divorce par excellence; elle fonctionne comme une véritable *cause indéterminée*; elle assure le règne de l'arbitraire judiciaire et elle ouvre la porte à tous les abus. Sans doute, la responsabilité du législateur est grande, qui a employé un terme élastique sur lequel on peut tirer indéfiniment; mais plus grande encore est celle des tribunaux qui, au lieu de réagir contre le péril, en ont assuré et précipité la réalisation par des complaisances sans excuse.

923. Le remède législatif. Droit comparé. — Pour sortir de cette situation menaçante pour l'avenir de notre pays, il faudrait s'inspirer des exemples que nous trouvons dans nombre de législations étrangères qui dres-

sent une liste, parfois assez longue, mais précise et réellement limitative, des circonstances donnant lieu à divorce : mieux valent une dizaine de causes vraiment déterminées, que trois ou quatre causes dont une seule ouvre, par son indétermination effective, la porte à tous les abus. Nous pourrions prendre modèle notamment sur le Code civil *allemand* et sur le Code civil *suisse* qui admettent *cinq causes* de divorce par volonté unilatérale, savoir, pour ce qui est du droit allemand : 1. L'adultère; 2. L'attentat à la vie du conjoint; 3. L'abandon méchant; 4. La violation grave des devoirs résultant du mariage ou la conduite déshonorante ou immorale, de telle sorte qu'il y ait ébranlement si profond du rapport conjugal que le maintien du mariage ne puisse être exigé du conjoint; 5. La maladie mentale, dans de certaines conditions : il faut, notamment, que tout espoir de guérison ait disparu (C. civ. allem., art. 1565 et suiv.). La loi *espagnole* du 2 mars 1932 énumère treize ouvertures à divorce, dont l'aliénation mentale, ce qui peut paraître d'un luxe excessif.

924. La maladie mentale. Deux conceptions du divorce. — Cette cause de divorce a soulevé des polémiques dans notre pays; à différentes reprises, il fut question de l'introduire dans notre législation (propositions Maurice Colin et Viollette; voy. *Rev. trim.*, 1906, pp. 186 et 245; 1907, p. 662). Le problème qui se posait ainsi devant le législateur était plus ample qu'on ne pourrait le supposer; en réalité, il faut choisir entre deux conceptions de divorce (v. J. Carbonnier, *La notion de cause de divorce*, *Rev. trim.* 1937, p. 281) :

1° On peut voir dans le divorce la sanction du manquement aux obligations nées du mariage, à la charge des époux; c'est le système français qui ne laisse évidemment pas de place pour l'aliénation mentale : on ne peut faire, au malheureux dément, aucun grief;

2° Mais, dans une autre conception, le divorce apparaît comme le dénouement d'une situation sans autre issue humainement possible, et lorsque le mariage ne peut plus réaliser le but en vue duquel il avait été contracté; c'est le système *objectif*; le rapport conjugal étant altéré dans son essence, sa rupture s'impose, sans qu'il y ait lieu de rechercher si une faute a été commise. C'est la conception du droit *allemand* et du droit *suisse* : « *Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable* » (C. civil *suisse*, art. 142); c'est aussi celle de la loi *espagnole* de 1932 (*Ann. lég. étrang.*, 1933, 1, 159).

Si l'on adopte ce dernier point de vue, la démence doit devenir, au moins dans de certaines conditions, une cause de divorce. Seulement, il n'y a pas de raison de traiter différemment les autres maladies très graves, telle la tuberculose pour laquelle, au contraire, les tribunaux affirment l'obligation d'assistance (*sup.*, n° 877) ; et l'on peut s'étonner que le lien conjugal tombe à l'instant même où son maintien serait d'une absolue nécessité pour l'un des époux; peut-être est-ce un préjugé de vieux civilisés, mais on estime encore, dans notre pays, que le devoir d'un époux, en cas de maladie de son conjoint, est de le soigner plutôt que de l'abandonner.

§ II. — PROCÉDURE DU DIVORCE

925. Généralités. — Cette procédure est réglementée non pas, comme on pouvait s'y attendre, dans le *Code de procédure*, mais bien dans le *Code civil* lui-même (livre I, titre VI, chap. 2). Cette singularité tient à plusieurs causes :

1° En cette matière, la *forme* voisine avec le *fond* et ne pourrait que malaisément en être isolée;

2° On n'a pas voulu attendre la promulgation du Code de procédure pour fixer le complet statut du divorce;

3° Le droit commun de la procédure est fréquemment écarté en matière de divorce, parce qu'il ne serait pas adéquat au but poursuivi, alors que l'idéal de la procédure est, en général, la rapidité ainsi que la publicité. L'instance de divorce répugne, dans certaine mesure, à l'application de ces postulats : il n'est pas du tout désirable que le mariage soit rompu le plus tôt possible, peut-être à la légère, ni que les démêlés intéressés des familles subissent l'épreuve du grand jour de l'audience; un peu de lenteur et beaucoup de discrétion sont préférables à une vitesse accélérée et à un scandale public.

C'est pour ces raisons, sans doute, que le législateur de 1804, puis celui de 1884 lièrent la forme au fond et indiquèrent dans le Code civil des règles de procédure qui s'y trouvent, malgré tout, assez dépaysées; ces règles étaient, sous l'empire du Code civil, puis après la loi de 1884, extrêmement compliquées; la procédure du divorce était hérissée d'obstacles et d'embûches, à tel point que les praticiens eux-mêmes ne parvenaient que difficilement à se guider dans ce labyrinthe. Le vice était tellement flagrant que la loi du 27 juillet 1884 fut promptement suivie de celle du 18 avril 1886 qui en corrigea la rédaction byzantine en élaguant le maquis judiciaire dans lequel s'égaraient les mieux avertis.

C'est cette loi de 1886, elle-même intégrée dans le Code civil et modifiée par plusieurs lois récentes, qui fixe la procédure du divorce, et ce sont ses dispositions que nous étudierons, *très brièvement*, car elles ressortissent souvent au domaine de la procédure au moins autant qu'à celui du droit civil.

926. Plan. — Nous rechercherons :
1° *Qui* peut agir en divorce;
2° *Quel tribunal* est compétent;
3° En quoi consiste la *procédure* proprement dite, *stricto sensu*.

I. Qui peut demander le divorce?

927. Principe et applications. — L'action appartient à l'*époux offensé*, et à lui seul; le défendeur peut d'ailleurs riposter en se portant demandeur à son tour; il forme alors une *demande reconventionnelle* dont on comprendra plus tard l'utilité.

Cette action est *strictement personnelle* à son titulaire; nul ne saurait l'exercer en son nom, en ses lieu et place :

1° Ni ses *créanciers*, car elle a avant tout une signification morale et elle rentre au nombre des actions *exclusivement attachées à la personne* (art. 1166);

2° Ni ses *héritiers*, qui ne pourraient même pas continuer l'instance engagée par leur auteur (art. 244, § 3) : celui-ci venant à décéder, le mariage est bien dissous sans doute, mais il l'est précisément par le décès, non par le divorce dont il ne saurait être question désormais : il en résulte que les déchéances attachées au divorce et contre le coupable, n'entrent point en jeu;

3° Ni les *représentants légaux*, tel le tuteur du conjoint interdit : tandis que l'article 307 lui permet d'agir en *séparation de corps*, aucun texte ne le mandate en vue du divorce; et cette opposition est concluante. Au contraire, si l'action est engagée contre l'interdit, ce même tuteur a qualité pour représenter celui-ci à l'instance, en qualité de défendeur (Caen, 20 nov. 1912, *S.*, 1913, 2, 100, *D. P.*, 1914, 2, 12).

Quant à savoir si l'interdit lui-même peut intenter la demande dans un intervalle lucide, elle se rattache à une question plus vaste, précédemment étudiée (*sup.*, n° 544). Nous la résoudrons d'autant plus volontiers par la négative que l'instance en divorce se prolonge pendant un assez long temps; il est difficile d'imaginer un intervalle lucide d'une pareille ampleur.

A la différence du tuteur de l'interdit judiciaire, le *tuteur de l'interdit légal* peut prendre l'initiative d'une demande en divorce, au nom de l'incapable (art. 234, § 3).

L'aliéné *non interdit* mais *interné* ne peut pas être représenté en tant que demandeur en divorce; si c'est contre lui que le divorce est demandé, il sera représenté par un mandataire spécial (l. 30 juin 1828, art. 33).

928. — L'individu pourvu d'un *conseil judiciaire* est incapable de plaider sans l'assistance de son conseil (art. 499 et 513) : on applique cette règle à l'instance en divorce, purement et simplement.

929. — Il est à remarquer qu'en matière de divorce, l'*incapacité de la femme mariée* disparaît pratiquement : en effet, si c'est elle qui est demanderesse, il faut bien l'autorisation du président en vue d'assigner son mari devant le tribunal, mais la même obligation serait imposée, nous le verrons, au mari demandeur; si c'est contre elle que la demande est intentée, l'autorisation accordée par le président au mari vaut pour elle autorisation de plaider.

II. Tribunal compétent

930. — La compétence se détermine, d'abord *ratione materiæ* (détermination de l'*ordre* de juridiction), puis *ratione personæ* (choix de la juridiction compétente entre celles du même ordre).

1° *Compétence ratione materiæ.* — C'est toujours un *tribunal civil* qui a compétence en matière de divorce, à l'exclusion de toutes autres juridictions d'ordre civil (justice de paix) ou répressif (cour d'assises, tribunal correctionnel) : il s'agit là d'un *monopole exclusif*;

2° *Compétence ratione personæ.* — Dans le silence de la loi, c'est le droit commun qui s'applique : la demande doit être formée devant le tribunal du domicile du défendeur : *actor sequitur forum rei*; si le domicile actuel est inconnu, le demandeur doit saisir le tribunal du dernier domicile connu (Trib. civ. de la Seine, 12 juillet 1886, D. *Jur. gén.*, suppl. v° Divorce, n° 135).

La compétence du tribunal est appréciée au jour où l'époux demandeur a présenté sa requête au président (Req. 23 mai 1933, *S.*, 1933, 1, 272, *D. H.*, 1933, 397).

L'exception d'incompétence *ratione personæ* ne saurait être proposée que *in limine litis*, donc devant le président du tribunal statuant dans les termes de l'article 238 (Civ.,

11 janv. 1928, *D. P.*, 1928, 1, 112; 12 mars 1928, *S.*, 1928, 1, 206).

III. Procédure proprement dite

931. — Le *processus* du divorce est long et compliqué; nous en noterons rapidement les différentes étapes, dans l'ordre naturel des événements, sauf à rejeter en fin d'étude certaines mesures qui interviennent en cours d'instance en vue de pourvoir à certains intérêts en souffrance.

932. I. **Requête.** — C'est par une *requête* (acte d'avoué) que s'ouvrent les hostilités : cet acte émane du demandeur qui sollicite du président du tribunal compétent l'autorisation d'assigner son conjoint devant ledit tribunal (art. 234, § 1).

Cette requête doit contenir l'*exposé sommaire* des faits allégués à l'appui de la demande; elle est présentée par l'époux demandeur *en personne* (même texte), à l'exclusion de tout intermédiaire, ce qui rendra plus facile une tentative de rapprochement; le président prêchera, en effet, le pardon des offenses (art. 235), et, si le demandeur était empêché de se déplacer, ce magistrat devrait se transporter, assisté de son greffier, au domicile du requérant (art. 234, § 2).

933. II. **Permis de citer et citation en conciliation.** — Si le président échoue dans sa tentative d'apaisement, il délivre au demandeur la permission de citer le conjoint devant lui; à cet effet, il rend une *ordonnance*, dont la teneur est inscrite au bas même de la requête, et dans laquelle il fixe le jour, l'heure et le lieu de la réunion, et il commet un huissier pour adresser la notification au défendeur; elle doit lui parvenir, à peine de nullité, sous pli fermé, trois jours à l'avance, plus les délais de distance (art. 237).

934. III. **Tentative de conciliation.** — Au jour et à l'heure fixés, les époux comparaissent devant le président qui tente la conciliation; ils doivent se présenter *personnellement* devant ce magistrat (art. 238, § 1).

Si le résultat poursuivi n'est pas obtenu au cours de cette première séance, mais s'il y a apparence qu'il puisse l'être lors d'une deuxième, le président a les pouvoirs de faire une seconde tentative de conciliation (art. 238, § 6).

Si ses efforts sont restés décidément infructueux, il dresse un *procès-verbal de non-conciliation* et il rend une ordon-

nance par laquelle il autorise l'époux demandeur à assigner son conjoint, mais cette fois *devant le tribunal* : c'est le *permis de citer* proprement dit (art. 238, § 1), qui doit être mis à profit dans le délai de *vingt jours* à compter de la date de l'ordonnance (art. 238, § 7), sinon les mesures provisoires ordonnées au profit du demandeur cesseraient de produire leurs effets, de plein droit (art. 238, § 8).

935. IV. Procédure devant le tribunal. Le principe. — A partir de ce moment, c'est devant le tribunal que la procédure se déroule; en principe, elle se développe, depuis la loi de 1886, *conformément au droit commun* (art. 239, § 1). Les audiences sont donc *publiques*, sauf faculté pour le tribunal de prononcer le huis-clos (art. 239, § 4); les *enquêtes* sont confiées à un *juge unique*, à un *juge commissaire*; et l'époux défendeur a la faculté de former une *demande reconventionnelle*, en prenant en ce sens de simples conclusions, par acte d'avoué à avoué (art. 239, § 3).

Mais, à côté de ces solutions qui constituent autant d'applications pures et simples des principes généraux en matière de procédure, il existe de *très nombreuses particularités* qui valent d'être signalées.

936. Les solutions dérogatoires au droit commun. — Elles se rattachent à différentes préoccupations.

A. *Mesures destinées à mettre le défendeur au courant de l'instance engagée contre lui; répression de la fraude.* — On veut faire en sorte que le conjoint défendeur soit mis au courant de la situation; il ne faut pas que la procédure se déroule en son absence et que le divorce soit prononcé trop aisément, à son insu; la loi s'efforce de rendre impossible, sinon les surprises du divorce, du moins le divorce obtenu par surprise, par exemple à l'aide de la signification des actes de procédure à une adresse inexacte ou à une personne non qualifiée pour la recevoir, à un complice du demandeur qui feindra d'être au service du défendeur.

En vue de conjurer de telles manœuvres ou de telles erreurs, trois catégories de mesures sont instituées : les unes d'ordre purement préventif, les autres qui ont la valeur de sanctions, soit civiles, soit pénales.

1° *Mesures préventives.* Elles sont énumérées dans l'article 247; notamment, si le défendeur fait *défaut*, le tribunal peut ordonner l'insertion dans les journaux d'un *avis* destiné à le renseigner; ou encore, la décision qui prononce le divorce par défaut est signifiée par *huissier commis* à cet effet; de plus si la signification n'a pas eu lieu à personne,

le tribunal peut ordonner la *publication* du jugement ou de l'arrêt par extrait dans les journaux qu'il désigne.

2° *Sanctions civiles.* Elles supposent, de la part du demandeur, la volonté de tromper son conjoint, de lui dissimuler la procédure engagée contre lui, donc une intention frauduleuse, un *abus des voies de droit* d'une espèce particulièrement grave; elles consisteront, soit dans des dommages-intérêts, soit dans une réparation plus appropriée, en nature : nous en rencontrerons la principale application à propos de la voie de recours dite *opposition* (*inf.*, n° 943).

3° *Sanctions pénales.* De plus en plus volontiers, le droit pénal vient au secours du droit civil en mettant à sa disposition des sanctions énergiques dont il dispose (v. *inf.*, n^{os} 980*bis* et 1163); ainsi fait-il une fois de plus en l'occurrence; la loi du 13 avril 1932 a créé un nouveau délit pénal sanctionné par l'emprisonnement et par l'amende; ces pénalités sont désormais encourues par « *quiconque aura, par des manœuvres dolosives ou de fausses allégations, tenu ou tenté de tenir son conjoint dans l'ignorance d'une procédure de divorce ou de séparation de corps* » (article unique de la loi).

Ce texte, qui reste en dehors du Code civil, appelle les précisions suivantes :

a) Son application implique, chez le coupable, une intention frauduleuse; c'est d'ailleurs la règle très générale en matière pénale;

b) En revanche, la loi punit aussi bien la simple tentative, non suivie de succès, que la fraude pleinement consommée : ici, l'intention vaut le fait;

c) Le législateur suppose la *commission* d'un acte positif, « manœuvres dolosives ou fausses allégations », et il paraît bien résulter, tant de la teneur du texte que des travaux préparatoires de la loi, que les fraudes perpétrées par simples *omission*, par voie de réticence, ne sont point punissables; le mensonge négatif, par voie de restriction verbale, est toléré, au moins par la loi pénale (*Sic*, Poitiers, 27 janv. 1933, *motifs*, *S.*, 1933, 2, 126);

d) Ce n'est pas seulement le conjoint qui encourt, à l'occasion, les pénalités prévues; ce sont aussi ses complices, d'ailleurs par application des principes généraux du droit pénal.

Ces *pénalités* sont un emprisonnement de six mois à deux ans, plus une amende de 100 à 10.000 francs, ou bien l'une ou l'autre de ces sanctions seulement; la loi ajoute qu'au cas de *récidive*, la peine d'emprisonnement sera tou-

jours prononcée; cette disposition vise pratiquement les complices du conjoint coupable, les professionnels.

Ainsi aménagé, le système de la loi de 1932, encore qu'essentiellement répressif, aura, en fait, une valeur *préventive* : l'époux demandeur ne se résoudra pas à frauder, car il sait que ses agissements auraient de graves conséquences pour sa fortune, voire pour sa liberté (V. pour le commentaire de cette loi, Jean CHEVALLIER, *D. P.*, 1932, 4, 175).

937. — B. On veut mettre à profit toutes *les chances de réconciliation*. Une fois les débats terminés, et alors que le tribunal n'a plus qu'à statuer, il peut *surseoir*, remettre sa décision à l'expiration d'un délai maximum de *six mois* (art. 246). On espère que d'ici là l'apaisement se fera, mais, s'il en était autrement, le tribunal se trouverait dans l'obligation de prononcer le divorce, lors de l'expiration du délai de sursis.

Il est un cas dans lequel le sursis devient impossible : c'est celui où la demande est fondée sur l'article 232 (condamnation à une peine afflictive et infamante); on estime qu'il n'existe alors aucune chance de raccommodement (art. 246, § 1).

938. — C. La loi ne veut pas que les débats servent de pâture à la curiosité, à la malignité publiques : elle interdit donc leur *reproduction par la voie de la presse*, sous peine d'une amende de 100 à 2.000 francs (art. 239, § 5). Cette prohibition ne vise que les *débats* : le *jugement* peut et doit être public.

939. — D. Le système ordinaire des *preuves* est quelque peu entamé.

Il est des modes de preuves qui ne sont pas admis : 1° L'*aveu* du défendeur; s'il en était autrement, on en reviendrait par un détour au divorce *bona gratia*; le tribunal peut, néanmoins, reconnaître à cet aveu une certaine valeur, mais non pas une signification décisive; 2° le *serment décisoire* : il ne peut pas être déféré par l'une des parties à l'autre, car il n'est admis que relativement à des faits sur lesquels elles pourraient transiger.

La production de *lettres missives* est admise en principe, et malgré le caractère confidentiel qu'elles présenteront ordinairement. (Req., 11 juin 1888, *S.*, 1888, 1, 376; *D. P.*, 1890, 1, 12; 5 févr. 1900, *S.*, 1901, 1, 17; *D. P.*, 1901, 1, 45; 5 mars 1918, *S.*, 1918-1919, 1, 175). Toutefois, il en serait autrement si le détenteur des lettres se les était procurées

par des *moyens illicites*, nul ne pouvant se prévaloir des conséquences de son propre délit (Civ., 15 juillet 1885, *motifs*, *S.*, 1886, 1, 101, *D. P.*, 1886, 1, 145; Req. arrêt précité, 5 mars 1918, *motifs;* Bensançon, 30 décembre 1862, *D. P.*, 1863, 2, 63); le tribunal ne pourrait pas davantage faire opérer des recherches dans un bureau télégraphique en vue d'obtenir le texte des dépêches prétendument adressées par l'un des époux (Pau, 2 janvier 1888, *S.*, 1889, 2, 213).

940. — E. Des particularités sont encore relatives aux *fins de non-recevoir* qui sont opposables à la demande en divorce; il faut signaler surtout, dans cet ordre d'idées, la *réconciliation des époux* et la *réciprocité des torts*.

1° La *réconciliation des époux*. Elle implique le pardon, l'amnistie des faits reprochés par l'offensé; elle peut se manifester soit *expressément* (par une déclaration formelle de pardon), soit *implicitement*, notamment en cas de *reprise de la vie commune*.

Dans tous les cas, la réconciliation éteint l'action en divorce (art. 244, § 1), mais seulement en ce qui concerne les faits antérieurs; si l'époux coupable commet une nouvelle offense, sa victime peut introduire une nouvelle demande en divorce.

941. — 2° La *réciprocité des torts*. En thèse générale, elle ne constitue pas une fin de non-recevoir, mais elle permet à chacune des victimes de demander le divorce contre l'autre : si, par exemple, le mari a basé sa demande sur l'adultère commis par sa femme, celle-ci n'a pas la ressource d'échapper au divorce en faisant état de l'adultère commis par son époux; elle pourra seulement former, de son côté, une demande reconventionnelle en divorce; les deux fautes commises ne se neutralisent pas.

Cependant, si tel est le principe, il comporte des dérogations nécessaires :

a) Au cas d'*adultère* et s'il y a *connivence* de la part du mari : ayant connu et encouragé l'inconduite de sa femme, il ne saurait ensuite en prendre prétexte pour demander la rupture du mariage (Paris, 18 juillet 1893, *D. P.*, 1893, 2, 471). Cependant, la question est discutée, aucun texte ne consacrant cette fin de non-recevoir;

b) Lorsque la demande est basée sur des *excès*, des *sévices*, ou même des *injures graves*, le tribunal est bien obligé de tenir compte des torts réciproques, de faire comme une balance dont le solde sera créditeur d'un côté ou de l'autre;

c) Si les deux époux ont été condamnés à des peines *afflictives et infamantes*, on ne voit pas que l'un d'eux puisse demander le divorce en vertu de l'article 232 : le ménage est bien assorti; les deux indignités se neutralisent.

942. V. **Le jugement.** — La procédure s'est déroulée normalement; le tribunal a, comme il lui était loisible de le faire, ordonné une *enquête*; il a entendu les dépositions des témoins; il va rendre son *jugement*.

Par sa décision, ou bien *il prononce le divorce*, ou bien *il rejette la demande*.

Dans tous les cas, le jugement doit être rendu *publiquement*; de plus, et s'il prononce le divorce, on doit y trouver la date de l'ordonnance autorisant les époux à avoir un domicile séparé et dont il sera question plus loin (*inf.*, n° 956; art. 253, modifié par l. 26 mars 1924). Cette date est, en effet, fort importante : elle fixe notamment le point de départ du délai de viduité (art. 296; *sup.*, n° 711).

943. VI. **Voies de recours.** — Les *voies de recours* dont est susceptible un *jugement de divorce* sont gouvernées, à bien des égards, par des règles particulières.

A. L'*opposition* : c'est la voie de recours ouverte à la partie défaillante et lorsqu'un jugement a été rendu par défaut. On prend ici des précautions spéciales pour sauvegarder les droits de la partie défaillante, du moins s'il y a eu défaut *faute de comparaître*, c'est-à-dire si le défendeur n'avait pas même constitué avoué. En ce cas :

1° Le jugement lui est signifié par un *huissier* commis par le tribunal;

2° La signification fait courir un délai, en vue de l'opposition, qui est d'*un mois*, au lieu de huitaine d'après le droit commun, si elle a été faite *à personne* par l'huissier commis à cet effet, sinon de *huit mois* à partir du dernier acte de publicité, lorsqu'il a fallu recourir au procédé de la publication par la voie des journaux (art. 247, § 3). S'il y a seulement *défaut faute de conclure*, le délai d'opposition est le délai normal de *huitaine* (C. pr. art. 157).

Il arrive que, malgré les précautions prises par la loi, le défendeur ne soit pas avisé de la procédure engagée : si le demandeur a voulu le prendre en traître, s'il a commis une fraude dans le but d'obtenir un divorce par surprise en le mettant dans l'impossibilité de formuler son opposition en temps utile, d'une part cette voie de recours sera admise encore que les délais soient expirés; il n'est pas permis d'*abuser des voies légales*, et les délais de procédure eux-mêmes subissent le contrôle de *l'abus des droits* (Req.,

2 juin 1923, *S.* 1923, 1, 375, 11 juill. 1932, *D. H.* 1932, 457; comp. Req. 7 fév. 1933, *S.*, 1933, 1, 133, *D. H.*, 1933, 145); d'autre part, le coupable tombera sous le coup de la loi du 13 avril 1932 *réprimant la fraude en matière de divorce* (*sup.* n° 936).

944. — B. L'*appel* : C'est la voie de recours normale par excellence. En principe, les règles de droit commun sont applicables à l'appel formé contre un jugement de divorce : le délai est donc d'*un mois* (C. pr. 443 mod. par le décret-loi du 30 octobre 1935, art. 5) qui court depuis le jour de la signification; de plus, l'appel, une fois formé, est *suspensif* : le jugement n'est pas susceptible d'exécution aussi longtemps que la juridiction d'appel n'a pas statué.

Mais le droit commun est écarté en ce que, en matière de divorce, le *seul délai d'appel est suspensif*, même abstraction faite d'un appel effectivement formé (art. 252, § 2, solut. implicite) : aussi longtemps que courent les délais d'appel, le jugement de divorce ne peut pas être transcrit sur les registres (même texte, qui vise une décision définitive, donc contre laquelle l'appel n'est plus recevable).

Seulement, il faut bien comprendre que cette solution est limitée aux jugements *prononçant le divorce*, à l'exclusion de ceux qui rejettent la demande comme aussi de ceux qui interviennent au cours de la procédure (jugements d'*avant-faire droit*) : ces deux dernières catégories de décisions sont exécutoires conformément au droit commun, *nonobstant le délai d'appel*.

Ainsi limitée aux jugements de divorce, la dérogation se justifie par cette considération qu'on ne saurait songer à autoriser l'exécution d'une décision d'une telle gravité, à un moment où il n'est pas certain qu'elle ne tombera pas : il ne faut pas que le prétendu divorcé puisse contracter un nouveau mariage, alors qu'on ne sait pas encore si le divorce tiendra. En pareille matière, le provisoire serait singulièrement dangereux.

Il est à noter que le jugement de *sursis*, prononcé en vertu de l'article 246, n'est pas susceptible d'appel, car il ne dessaisit pas le tribunal, seul compétent, à l'exclusion de la cour d'appel, pour prendre une décision de ce genre (Civ., 24 juill. 1922, *D. P.* 1925, 1, 161, note Guénée; Montpellier, 30 avril 1929, *D. P.* 1929, 2, 144).

945. — C. Le *pourvoi en cassation* : Les considérations précédentes expliquent aussi que le *pourvoi en cassation*, ordinairement sans effet suspensif, suspende cependant, à

titre exceptionnel, l'exécution d'un jugement de divorce : les époux restent tels, malgré la décision de justice, aussi longtemps que cette décision peut être remise en question; la chaîne ne sera rompue et ils ne pourront donc se remarier que lorsque l'autorité judiciaire aura dit son dernier mot (art. 248, *in fine*) et si l'un d'eux décède après l'introduction du pourvoi, la Cour de cassation n'aura pas à statuer, l'union se trouvant dissoute, non par le divorce, mais par le décès de l'un des conjoints (art. 244, § 3; Req. 8 mai 1933, *D. H.* 1933, 332).

La disposition de l'article 248 *in fine* a soulevé des difficultés d'application :

1° La solution qu'il consacre — effet suspensif du pourvoi — est-elle valable pour toutes les décisions intervenant en matière de divorce? Ou bien ne concerne-t-elle que les *jugements au fond*, c'est-à-dire ceux qui prononcent ou qui refusent le divorce? La jurisprudence admet l'interprétation la plus large, la seule conforme d'ailleurs au texte de l'article 248, § 6, aux termes duquel le pourvoi est suspensif « *en matière de divorce* ». D'où cette conclusion que « l'effet suspensif s'applique indistinctement à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure de divorce » (Civ., 23 nov. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 291, *S.* 1892, 1, 18), et par exemple à un arrêt *interlocutoire* autorisant un mode de preuve (même décision) mais à l'exclusion toutefois des décisions dites *provisoires* qui règlent des intérêts en souffrance au cours de l'instance et qui doivent s'exécuter aussitôt (Req., 13 décembre 1899, *S.* 1900, 1, 353; Dijon, 20 avril 1904, *D. P.*, 1907, 2, 222);

2° On s'est demandé si le *seul délai* du pourvoi avait un caractère suspensif comme le délai d'appel. La question se résout par une distinction : *oui*, pour la décision finale prononçant le divorce, laquelle ne peut être transcrite qu'autant qu'elle est devenue *définitive* (art. 252, § 2); or, un arrêt n'est pas définitif lorsqu'il peut être l'objet d'un pourvoi en cassation; mais *non*, pour toutes autres décisions, par exemple pour un arrêt *avant-faire droit*, intervenu en cours de procédure; en pareille occurrence, c'est seulement un pourvoi effectivement formé qui produit un effet suspensif et fait donc obstacle à l'exécution. Aucun texte, en effet, n'attache cet effet au seul délai, sauf pour les décisions *prononçant* le divorce; il faut donc, pour tous autres arrêts, en revenir au droit commun, lequel autorise l'exécution nonobstant le cours du délai (Civ., 25 juillet 1893, *S.*, 1894, 1, 89; *D. P.*, 1893, 1, 545).

En définitive, le *délai* du pourvoi est donc traité comme le délai d'appel.

946. Impossibilité d'un acquiescement. — Il ne dépendrait pas des plaideurs de renoncer aux voies de recours qui leur sont ouvertes par la loi en acquiesçant à la décision intervenue (art. 249) : mais cette défense est limitée aux jugements ou arrêts qui *prononcent le divorce*, à l'exclusion de ceux qui *rejettent la demande*. La teneur de l'article 249 fournit en ce sens un argument d'autant plus fort qu'il nous ramène et au droit commun et au bon sens : le législateur, qui ne veut pas favoriser le divorce, réserve rigoureusement à l'époux condamné les voies de recours, ordinaires ou extraordinaires, tandis qu'il envisage avec satisfaction l'adhésion donnée à une décision de rejet, adhésion qui implique et qui annonce le rétablissement de la vie commune.

947. VII. **Publicité.** — Le public est grandement intéressé à être mis au courant du divorce qui modifie du tout au tout la situation antérieure, puisque désormais la femme redevient indépendante et capable. Cependant, le Code civil ne s'était pas préoccupé de porter le jugement à la connaissance des tiers; le Code de commerce organise bien un régime de publicité, mais dont le fonctionnement est subordonné à la qualité de commerçant chez l'un au moins des époux (V. l'art. 66 C. com. mod. par la loi du 28 mars 1931; ce texte renvoie aux formalités prescrites par l'article 5 de la loi du 18 mars 1919, c'est-à-dire qu'il exige que mention soit faite, sur le *registre du commerce*, du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce); c'est la loi du 18 avril 1886 qui a institué un système général, lequel comprend, dans sa teneur actuelle, trois éléments de publicité :

1° Des *affichages* et des *insertions*;
2° Une *mention en marge*;
3° Une *transcription*.

948. A. **Affichages et insertions.** — Article 250 : 1° d'une part, un extrait du jugement ou de l'arrêt de divorce doit être affiché dans les auditoires du *tribunal civil* et du *tribunal de commerce*, mais non plus dans les chambres des *avoués* et des *notaires* (art. 250, § 1, modifié par les lois du 18 avril 1886 et du 19 décembre 1928);

2° De plus, pareil extrait doit être inséré dans l'un des journaux du lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'en existe pas, dans l'un des journaux du département (art. 250, § 2).

Bien que la loi n'en dise rien, il est certain :

1° Que c'est à l'époux victorieux qu'il appartient d'assurer l'exécution de ces formalités de publicité;

2° Que celles-ci ne sont pas prescrites à peine d'inefficacité du jugement : l'autorité d'une décision de justice ne saurait être à la merci de la négligence d'un particulier. Le divorce est donc opposable aux tiers, encore que non public dans les termes de l'article 250; seulement, la responsabilité de l'époux négligent sera engagée, à l'occasion, envers les tiers victimes de la clandestinité du jugement ou de l'arrêt.

949. B. **Mention en marge.** — Mention du jugement ou de l'arrêt de divorce doit être faite en marge de l'acte de mariage (art. 251, § 2) : de cette façon, on ne pourra pas avoir connaissance du mariage sans apprendre, du même coup, que le divorce l'a rompu (*sup.* n° 253).

950. C. **Transcription.** — L'article 251 ordonne que le dispositif du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce soit *transcrit* sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage avait été célébré. C'est là une formalité importante dont la signification est éclairée par les précédents.

Notions historiques. — Dans le système du Code civil, la dissolution du mariage, en suite du divorce, impliquait une cérémonie inverse de celle de la célébration : les époux divorcés devaient se présenter devant l'officier de l'état civil qui procédait en quelque sorte à leur « démariage » (anc. art. 264).

C'était la logique même, mais son triomphe n'allait pas sans inconvénients : les anciens époux, devenus adversaires, échangeaient parfois, lors de cette suprême entrevue, des propos dénués d'aménité qui compromettaient la solennité du lieu. Aussi, sur les instances des municipalités, la loi du 18 avril 1886 substitua-t-elle à cette cérémonie d'une logique excessive une formalité qui n'impliquait plus la comparution des anciens époux, à savoir la *transcription* du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'état civil. Il s'agissait bien là d'une substitution véritable, puisque la transcription produisait les mêmes effets que la cérémonie abolie: c'était elle, non le jugement ou l'arrêt de divorce, qui dissolvait le mariage, et c'est pourquoi elle devait être effectuée à date fixe, afin d'éviter l'arbitraire.

Le nouveau système, encore que plus heureux que celui du Code civil, prêtait cependant à la critique, en ce sens qu'il était moins logique : le divorce n'étant plus *prononcé* par l'officier de l'état civil, les effets auraient dû en être rattachés à la décision même d'où il dérivait, la transcription

n'ayant d'autre signification que celle d'une formalité de publicité. Une nouvelle réforme était nécessaire, qui fut réalisée par la loi du 26 juin 1919; il résulte de l'article 252, modifié par cette loi, que désormais c'est bien le jugement ou l'arrêt de divorce qui dissout le mariage; la transcription n'ayant d'autre but que de porter la rupture à la connaissance du public.

951. Mécanisme de la transcription. — La transcription consiste purement et simplement dans la reproduction sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage avait été célébré, du *dispositif* du jugement ou de l'arrêt, exclusion faite des *motifs* : il était superflu d'initier le public à des faits plus ou moins scandaleux, à de fâcheux secrets de famille.

Si le mariage avait été célébré à *l'étranger*, la transcription est opérée sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il avait été transcrit en France (art. 251, § 2).

La formalité ne peut être effectuée que lorsque la décision est devenue définitive : le seul délai d'appel ou de pourvoi y ferait obstacle (art. 252, § 2) : elle est assurée par les soins de l'*officier de l'état civil* et sur la réquisition des *époux ou de l'un d'eux*, plus exactement de leurs *avoués*. L'avoué de la partie qui a obtenu le divorce est tenu, dans le délai de *quinzaine*, à dater du jour où la décision est devenue définitive, de la signifier à l'officier de l'état civil compétent et de requérir sa transcription, cela à peine d'une *amende de cent francs* (art. 252, § 1). Pendant ce délai de quinzaine, le droit de réquisition est ainsi *réservé exclusivement* à l'avoué de la partie gagnante; après l'expiration de ce délai, il échoit aux deux intéressés et ils peuvent l'exercer, l'un ou l'autre, à un moment quelconque et *indéfiniment* (art. 252, § 5) : l'autorité du jugement ou de l'arrêt n'est nullement compromise par le retard apporté à la transcription; elle est indélébile, dans le système actuel.

L'officier de l'état civil, saisi par la réquisition, doit y déférer, dans un délai de *cinq jours*, non compris les jours fériés, à peine d'une amende qui ne pourra excéder *cent francs* (art. 252, § 4 cbn., art. 50).

952. Sens et sanctions de la formalité de la transcription. — Nous ne rappelons que pour mémoire les amendes encourues, à l'occasion, par l'avoué de la partie gagnante et par l'officier de l'état civil : ce qu'il importe de

comprendre, c'est la signification juridique et la portée de la transcription.

Comme nous l'avons déjà noté, cette formalité ne tend plus désormais, en principe, qu'à réaliser la *publicité* du divorce, lequel est acquis aussitôt que la décision judiciaire qui l'a prononcé est devenue définitive, donc inattaquable.

953. — Cependant, il importe de préciser en distinguant les effets produits *entre les époux* et ceux qui se réalisent *à l'égard des tiers*.

1° *Entre les époux*, c'est incontestablement le jugement ou l'arrêt de divorce, *devenu définitif*, qui a mis fin au mariage, mais avec cette particularité que, pour ce qui est des *effets pécuniaires*, d'ordre patrimonial, la loi les reporte *au jour de la demande;* en sorte que c'est seulement pour les effets produits *dans la personne des époux* que le principe reçoit une parfaite application.

a) D'une part, les *intérêts pécuniaires* des époux se liquident en considération de la situation existante lors de la *demande en divorce* (art. 252, dern. paragr.); et il faut entendre par là le jour de l'assignation *devant le tribunal*, non celui de la citation en conciliation. Civ., 27 mai 1921 (*S.*, 1922, 1, 60, *D. P.*, 1923, 1, 60, note Rouast) et sans tenir compte de l'instance initiale en séparation de corps (Civ. 31 déc. 1928, *D. H.* 1929, 841); si les époux étaient mariés sous un régime de communauté, on liquiderait donc la communauté en se plaçant rétrospectivement au jour de l'engagement de la procédure, et ceci afin d'éviter des calculs intéressés, des fraudes de la part du mari : il ne faut pas que, par des actes passés en prévision de la rupture prochaine, par exemple des aliénations, il puisse compromettre les légitimes intérêts de sa femme.

b) Mais, d'autre part, pour ce qui est de la *personne* des époux, le jour décisif est celui où le jugement de divorce est devenu définitif. Désormais, l'union des personnes est rompue; donc : 1. Il n'y a plus, désormais, de réconciliation possible; 2. Si l'un des époux vient à décéder, le mariage aura été dissous, non par la mort, mais par le divorce; si, au contraire, le décès est survenu avant le moment où la décision de divorce était devenue définitive, c'est vainement que cette décision serait transcrite; si d'aventure elle l'a été, la transcription devrait être annulée, à la requête du procureur de la République, par le tribunal, et, avec elle, la mention portée en marge de l'acte de mariage ou de la transcription de cet acte, conformément aux dispositions des articles 94 et 171 (V. art. 244, § 3, complété par la loi du 17 mars 1931);

3. Le devoir de *fidélité* a pris fin; on ne conçoit plus ni adultère, ni bigamie possibles.

Une seule réserve à faire : jusqu'à la transcription, les anciens époux ne peuvent pas se remarier (art. 296 et 297).

954. — 2° *Vis-à-vis des tiers.* — La situation est moins nette : l'article 252, dans sa teneur actuelle, dispose que le jugement ou l'arrêt de divorce « *ne produira effet au regard des tiers que du jour de la transcription* » (alin. final). Il semble donc bien que le divorce ne soit en aucune façon opposable aux tiers, aussi longtemps qu'il n'a pas été transcrit. Mais, avec cette interprétation littérale, adoptée par certains (*Sic.* Edouard Lévy, *La date du divorce*; *Lois nouvelles*, 1923, p. 153), on aboutit à des résultats surprenants, par exemple à celui-ci que l'incapacité de la femme, prétendument toujours mariée, subsisterait à l'égard des tiers jusqu'au jour de la transcription, alors que, cependant, l'autorité maritale a certainement disparu, ou encore à ceci que, en cas de décès de l'un des conjoints dans l'intervalle entre le jugement de divorce et la transcription, le survivant serait fondé à invoquer le statut du mariage pour obtenir de l'auteur responsable de la mort une indemnité et, notamment, en cas d'accident du travail, la rente fixée par l'article 3 de la loi du 9 avril 1898 (*Sic.*, trib. Valenciennes, 30 nov. 1922, *D. P.*, 1924, 2, 113, note Rouast).

Ces résultats sont assez peu satisfaisants pour qu'ils fassent douter de la valeur du postulat d'où ils découlent; à notre avis, il faut l'amender dans les deux directions suivantes :

a) Il faut se rappeler que la transcription a été établie dans l'intérêt des tiers, non des époux; ceux-ci ne sauraient être admis à se réclamer de son non-accomplissement; par exemple, la femme ne doit pas pouvoir, sous prétexte de non-transcription, invoquer la qualité de femme mariée : ce serait retourner contre les tiers une institution imaginée pour les protéger (*Contra*, trib. de Valenciennes, jug. précité, et Paris, 27 déc. 1922, *cod. loc.*);

b) Le défaut de transcription ne peut être opposé aux époux par les tiers que dans le cercle des rapports d'ordre pécuniaire, non dans celui des effets extra-patrimoniaux du divorce; et même, si l'on veut éviter toute contradiction, toute rupture de l'unité de l'état des personnes, il faut donner à la formule finale de l'article 252 une portée plus limitée encore : elle ne vise, en réalité, que *les conséquences attachées au régime matrimonial des époux*; pour les tiers, tant que la transcription n'a pas eu lieu, les époux divorcés peuvent être considérés comme soumis à leur *statut pécu-*

niaire matrimonial; pour le reste, c'est-à-dire pour ce qui est de l'*union des personnes*, le divorce est acquis, même vis-à-vis des tiers, et cela parce que l'état des personnes est indivisible. Comme l'écrit M. Roquast (note précitée) dont nous adoptons l'opinion sur ce point, « on est marié ou on ne l'est pas »; entre ces deux situations juridiques, il n'y a point place pour une position intermédiaire.

955. VIII. **Mesures provisoires intervenant au cours de la procédure. Leurs caractéristiques.** — Dès le moment où les hostilités sont engagées, la vie commune devient intenable pour les époux candidats au divorce; la situation juridique est en opposition avec la situation de fait; de là certaines mesures provisoires, conservatoires, qui tendent à résoudre ce conflit.

Ces mesures présentent, entre autres caractéristiques, les suivantes :

1° Elles sont ordonnées, aussi longtemps que le tribunal n'est pas saisi, par le *président*; par la suite, elles le sont par le *tribunal* lui-même. Cependant, il n'en reste pas moins que le président conserve, même alors, ses fonctions de *juge des référés*, en vertu desquelles il a qualité pour statuer sur toutes les affaires urgentes (C. pr., art. 806 et suiv.). Le Code civil y fait allusion, mais seulement lorsqu'il s'agit de fixer la résidence de la femme (art. 238, § 5) : la jurisprudence, après certaines hésitations, a fini par user de l'argument d'analogie et par admettre qu'on peut employer le procédé du référé en toute matière, notamment pour la *pension alimentaire* et même pour la *garde des enfants* (Req., 8 mars 1916, *D. P.*, 1916, 1, 73; 17 fév. 1930, *S.*, 1930, 1, 216; Paris, 13 déc. 1934, *D. H.* 1935, 138, *S.* 1935, 2, 168);

2° Les mesures provisoires prises en cours d'instance présentent cette particularité de n'être *jamais définitives*; elles sont sujettes à modifications, à tout moment, suivant l'opportunité; en pareille matière, il n'y a jamais chose définitivement jugée (art. 238, § 5);

3° Les mesures dont il s'agit ne sont pas toujours susceptibles de recours.

a) Pour celles qui émanent du tribunal lui-même, on applique le droit commun;

b) Il en va de même de celles qui sont prescrites par le président statuant en référé;

c) Mais, pour celles que le président ordonne à l'origine de la procédure et avant même que le tribunal n'ait été saisi, il faut faire des réserves. Tandis que la seconde ordonnance, celle qui est prévue par l'article 238, § 1, est susceptible

d'appel, tout en demeurant, d'ailleurs, exécutoire par provision (art. 238, § 3), la première, celle des articles 235 et 236, ne comporte aucune voie de recours; cette particularité s'explique par l'urgence et aussi par la durée très brève des mesures qui trouvent place dans cette première ordonnance.

956. En quoi peuvent consister les mesures provisoires. — Elles ont trait, soit à la *résidence* des époux, soit à la *garde des enfants*, soit à la *sauvegarde des intérêts pécuniaires* des époux.

1° *Résidence des époux.* — La vie commune n'est plus possible; la femme ne peut plus être contrainte à vivre avec son mari; le président peut autoriser le demandeur, dans l'ordonnance initiale, à prendre une résidence séparée (art. 236) : comme conséquence pratique, les objets qui lui appartiennent personnellement lui seront remis.

Ordinairement, c'est la femme qui est ainsi autorisée à avoir une résidence séparée, distincte du domicile conjugal : en ce cas, le président — ou le tribunal — lui *impose* un lieu de résidence, chez ses parents ou ailleurs. Cette décision est obligatoire pour elle qui est tenue de « *justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en est requise* », à peine de se voir retirer la pension alimentaire que lui servait son mari ou, si elle est demanderesse, d'être déclarée non recevable à continuer ses poursuites (art. 241). Ce texte, qui édicte une pénalité, comporte l'interprétation restrictive; il ne s'oppose pas à ce que la femme, bien que n'ayant pas conservé la résidence assignée, continue cependant une instance étrangère à la demande en divorce (Req. 7 fév. 1933, *D. H.* 1933, 147).

957. — Il arrive parfois que c'est, non pas la femme, mais le mari qui quitte le domicile conjugal pour prendre une résidence séparée : la femme est malade, ou bien elle est commerçante, ou encore elle a été délaissée par son mari ou enfin elle est propriétaire de la maison dans laquelle le ménage habitait (Req., 13 nov. 1928, *D. H.*, 1928, 590). L'éventualité diffère de la précédente en ce que, tandis que le lieu de la résidence de la femme lui est assigné et imposé par le président ou par le tribunal, le mari choisit librement l'endroit où il se fixera.

958. — Dans tous les cas, il faut bien observer que la résidence séparée n'est nullement un véritable domicile; le domicile conjugal subsiste jusqu'au prononcé du divorce, et, vis-à-vis des tiers, il survit dans toute sa plénitude. En

conséquence, le mari qui entretient une concubine à son domicile tombe sous le coup de l'article 339 C. pénal (Paris, 9 juin 1931, *D. P.* 1931, 2, 164). La résidence séparée n'en a pas moins de multiples intérêts.

a) Elle fait cesser une promiscuité que l'engagement des hostilités rendait intolérable, et qui, d'autre part, aurait pu être interprétée dans le sens d'une réconciliation;

b) Elle affaiblit en fait l'autorité maritale dont certains attributs deviennent inutilisables : le contrôle sur la correspondance ou sur les relations de la femme subsiste bien en droit (Bordeaux, 15 mars 1929, *D. P.*, 1930, 2, 129, note Nast), mais il devient, sinon impossible, du moins bien malaisé à distance;

c) C'est à la résidence séparée que doivent être signifiés les actes de procédure (Chambéry, 19 juill. 1887, *S.*, 1890, 2, 211; Besançon, 20 nov. 1896, *D. P.*, 1897, 2, 348).

959. — 2° *Garde des enfants.* — Malgré l'engagement de la procédure, le père conserve, en principe, l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants nés du mariage; or, cet exercice, il peut être urgent de le lui enlever, soit que les enfants soient trop jeunes pour pouvoir se passer de leur mère, soit que, plus âgés, ils se trouvent à mauvaise école auprès de leur père. Le président peut donc prendre telles dispositions qui lui sembleront opportunes, et cela dès l'origine de la procédure, dans l'ordonnance initiale qu'il rend pour autoriser le demandeur à citer son conjoint devant lui (arg. art. 238, § 2). Sa décision peut être provoquée par l'un des époux, ou par un parent, ou par le ministère public; il peut même la rendre *d'office* (art. 240, § 1); il dépend de lui de confier les enfants à telle personne ou à tel établissement qui lui paraîtra présenter les meilleures garanties : à la mère, à un parent, à un étranger, à un établissement d'éducation ou d'instruction.

960. — 3° *Sauvegarde des intérêts pécuniaires des époux.* — Afin de réaliser cet objectif, deux ordres de mesures peuvent s'imposer :

a) Il s'agit d'assurer *la subsistance* et *l'entretien* des époux au cours de la procédure, pendant la durée de l'instance. Dans ce but, le président ou le tribunal imposeront au mieux pourvu — ordinairement le mari, parce qu'il exerce une profession rémunératrice et aussi parce qu'il a généralement l'administration de la fortune du ménage — l'obligation de servir une *provision alimentaire* au plus nécessiteux, provision qui affecte la forme d'une *pension*,

qui constitue la mise en œuvre de l'obligation de secours inscrite dans l'article 212 (Colmar, 20 nov. 1928, *D. P.* 1930, 2, 103), et qui doit faire face, non seulement à la subsistance du créancier, mais aussi aux *frais de l'instance*, qui est donc, dans une certaine mesure tout au moins, une provision *ad litem* (art. 240, § 2 et 241);

b) Parfois, des mesures doivent intervenir en vue d'éviter le *détournement* du mobilier de l'un des époux, notamment de la femme; ce seront : l'*apposition des scellés* (art. 242, § 1); le *dépôt* de sommes d'argent liquides à la Caisse des dépôts et consignations; des saisies-arrêts pratiquées entre les mains du débiteur de la communauté ou de la femme; et autres *mesures conservatoires* qui peuvent être prises, dès l'origine, avec l'autorisation du président (art. 242, al. 1, 2 et 3). La jurisprudence tend même, de plus en plus, à admettre la nomination d'un *séquestre* qui administrera les biens de la femme (notamment ses *propres*, sous les régimes de communauté, ou même ses *biens réservés*, lesquels font cependant partie de la masse commune) à la place du mari (Paris, 24 déc. 1919, *D. P.*, 1920, 2, 75; 8 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 21 sept.; Colmar, 21 janv. 1930, *D. P.*, 1930, 2, 182, note Nast).

§ III. — EFFETS DU DIVORCE

961. Plan. — Les effets du divorce se ramènent tous à ce phénomène essentiel que le lien conjugal est rompu, le mariage est dissous.

Mais cette constatation ne se suffit pas à elle-même; le phénomène de dissolution du mariage doit être analysé, précisé dans sa portée et dans ses conséquences; nous nous acquitterons de cette tâche en nous plaçant successivement :

1° Au point de vue des *anciens époux*;

2° A celui des *enfants*.

I. Effets du divorce en ce qui concerne les anciens époux

962. Principe et conséquences. — Le lien conjugal étant rompu, les époux ont perdu cette qualité; ils ne sont plus mari et femme; en conséquence :

1° La *puissance maritale* prend fin; et cette première conséquence se ramifie elle-même en une série de corollaires.

a) La femme divorcée ne peut plus porter le *nom de son ex-mari;* aux termes du second alinéa de l'article 299, § 2, ajouté par la loi du 6 février 1893 : « *par l'effet du divorce*

chacun des époux reprend l'usage de son nom »; mais cette disposition n'est point d'ordre public : le mari pourrait autoriser sa femme divorcée à continuer à porter son nom de femme mariée (Civ., 20 fév. 1924, *S.*, 1924, 1, 335);

b) L'*incapacité* de la femme disparaît; elle peut, sans aucune autorisation et pourvu qu'elle soit majeure, accomplir librement tous les actes de la vie juridique, même les plus graves;

c) Elle se choisit librement un *domicile*, une *résidence*.

2° Les *obligations réciproques* que le mariage avait instaurées disparaissent de part et d'autre; il n'y a plus, désormais, de devoir de *secours*, d'*assistance*, de *fidélité;* nous constaterons cependant que l'*obligation alimentaire* peut revivre, sous une forme nouvelle (*inf.*, n^os^ 1144, 1173 et suiv.);

3° Chacun des anciens époux peut se remarier de son côté. Il est rappelé, à cette occasion : 1. Que la femme divorcée doit observer le délai de viduité dont le point de départ a d'ailleurs été avancé (art. 296, *sup.*, n° 711); 2. Que l'époux adultère peut épouser son ou sa complice (L. 15 déc. 1904, abrogeant l'art. 298); 3. Que rien ne s'oppose à ce que les époux divorcés se remarient à nouveau entre eux;

4° La *vocation successorale* entre époux prend fin par le divorce; lorsque l'un des ex-conjoints décédera, le survivant n'aura aucun droit à faire valoir dans sa succession *ab intestat*.

963. Particularités. — Jusqu'à présent, nous voyons le divorce opérer ainsi qu'un mode de dissolution ordinaire, comme le ferait le décès de l'un des époux. Mais le parallèle ne peut être poussé à fond, car le divorce présente, quant à ses effets relativement aux époux, deux particularités importantes :

1° Il *rétroagit*, au moins en quelque mesure;

2° Il est susceptible de déterminer, à l'encontre de l'époux coupable, certaines *déchéances*, certaines pénalités civiles.

964. I. Rétroactivité du divorce. — Comme nous l'avons déjà montré, le jugement ou l'arrêt devenu définitif, remonte « *quant à ses effets entre époux, en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande* » (art. 252, *in fine*, *sup.*, n° 953) : nous avons indiqué le sens et la raison d'être de cette disposition que nous retrouverons dans le tome III, en étudiant les régimes matrimoniaux (*Inf.* t. III, n° 252); il faut se rappeler que cette rétroactivité est limitée expressément par la loi aux *questions d'ordre pécuniaire*, plus pré-

cisément, aux questions se rattachant au régime matrimonial des époux (*sup.*, n° 954) : *l'union des personnes* est dissoute sans aucune rétroactivité, et, par exemple, le *devoir de fidélité* subsiste jusqu'au jour du jugement ou de l'arrêt de divorce (Riom, 5 avril 1892, *S.*, 1892, 2, 112; trib. civ., Seine, 15 oct. 1890, *Le Droit*, 16 oct.).

965. II. Déchéances et pénalités civiles attachées au divorce. — Dans la conception française, le divorce apparaît comme la sanction d'une faute commise par l'un des époux vis-à-vis de l'autre (*sup.*, n° 924) : il est donc logique que le coupable encoure certaines punitions.

Aussi y a-t-il grand intérêt à savoir qui obtiendra le divorce, et, à l'inverse, *contre qui, aux torts et griefs* de qui il sera prononcé. Pour le premier, le mariage sera dissous, tout simplement; mais, au regard du deuxième, il le sera avec des *circonstances aggravantes* : la situation ne sera pas égale entre les deux époux divorcés. Et c'est bien là ce qui donne tant d'importance aux *demandes reconventionnelles* : l'époux qui riposte reconventionnellement à la demande principale formée contre lui, se met en situation, non seulement de repousser l'attaque, mais encore de remporter une victoire positive, au lieu que, s'il s'était contenté de demeurer sur la défensive, il aurait pu, au maximum, rester sur ses positions.

Il peut d'ailleurs advenir que le divorce soit prononcé aux torts et griefs *des deux époux* [1]; alors, ils encourent l'un et l'autre les déchéances qui deviennent ainsi réciproques : ces déchéances, quelles sont-elles?

966. Délimitation du sujet. — Il faut se garder d'augmenter arbitrairement le nombre des déchéances infligées à l'époux coupable, en les confondant avec des effets que le divorce produit nécessairement et au regard des deux conjoints, sans distinguer entre le coupable et l'offensé. Par exemple, une fois le divorce prononcé, toute vocation successorale disparaît entre les anciens époux (*sup.*, n° 962); mais cette disposition est bilatérale; elle atteint la victime aussi bien que le coupable. Les véritables déchéances se reconnaissent à ce caractère qu'elles atteignent l'époux contre qui le divorce est intervenu, à l'exclusion du con-

[1] Il arrive même que le tribunal prononce à la fois le divorce contre l'un des époux et la séparation de corps contre l'autre (Req., 8 déc. 1930, *S.*, 1931, 1, 70; 23 mars 1931, *D. H.*, 1931, 270); à cela nulle contradiction, car les demandes étaient distinctes et les griefs différents.

joint qui a obtenu la rupture à son profit; elles présentent le caractère de véritables *sanctions*, de *pénalités civiles*.

967. Enumération. — Ces déchéances se résument :

1° Dans une *pension alimentaire* que l'époux coupable sera condamné à servir à sa victime, à titre de substitut, de prolongement du *devoir de secours* qui lui incombait aux termes de l'article 301. Cette pension puise sa cause juridique, non dans le mariage — il a cessé d'exister — mais dans la faute commise par l'offenseur qui ne doit pas pouvoir échapper à ses obligations en assumant la responsabilité d'une rupture. Nous présenterons une étude d'ensemble de l'obligation alimentaire, et c'est à cette occasion que nous examinerons de plus près la pension alimentaire après divorce (*inf.*, n°s 1144 et 1173);

2° Dans des *dommages-intérêts complémentaires*, destinés à réparer un préjudice matériel ou moral distinct de celui qui découle, pour l'époux offensé, de la rupture du lien conjugal, comme si un mari s'était livré, sur la personne de sa femme, à des violences constatées par des certificats médicaux (Voy. *inf.*, n° 1157);

3° Dans la *perte de certains avantages*;

4° Dans une *réduction possible de la puissance paternelle*.

Ce sont ces deux dernières sanctions qui doivent nous occuper à cette place : avec l'étude de la dernière nous arriverons d'ailleurs à un ordre d'idées différent, aux effets que le divorce produit en ce qui concerne les enfants.

968. Perte de certains avantages. — Il est une déchéance qui est spéciale à la femme et qui ressort de la législation relative aux *retraites*; aux termes de la loi du 14 avril 1924, art. 26, la femme divorcée peut prétendre néanmoins à la pension de veuve, telle qu'elle est définie à l'article 23 de la même loi, lorsque c'est en sa faveur que le divorce était intervenu; si, au contraire, c'est contre elle qu'il avait été prononcé, elle ne saurait exercer un tel droit (§§ 1 et 2 de l'article 26).

Une autre déchéance, encourue celle-là, à l'occasion, par le mari aussi bien que par la femme, est instituée par la législation récente sur les *habitations à bon marché* et le *bien de famille*; d'après le système, tel qu'il a été aménagé par une loi du 13 février 1937 *tendant à harmoniser le régime successoral des habitations à bon marché et du bien de famille*, en cas de divorce, le conjoint qui aura obtenu le jugement ou l'arrêt rendu en sa faveur, pourra, « s'il est copropriétaire de la maison, en obtenir l'attribution sur sa

demande », cette faculté étant alors refusée au conjoint coupable. Si le divorce ou la séparation de corps a été prononcée aux torts des deux époux, « *l'attribution du bien aura lieu, sur sa demande, au profit de celui des époux à qui aura été confiée la garde des enfants. A défaut de ces éléments de préférence, si l'attribution est demandée par les époux, elle aura lieu par voie de tirage au sort* ». (L. 5 déc. 1922, art. 81, nouv. réd.; L. 12 juill. 1909, art. 19, nouv. réd.)

969. — Mais c'est dans l'article 299, § 1, C. civ. que se trouve formulée, en quelques mots, la règle générale et essentielle : « *L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage.* » Cette formule consacre, à l'encontre de l'époux coupable, la perte de ce qu'on appelle d'un nom générique : *les avantages matrimoniaux*. Alors qu'au cas de dissolution du mariage par décès, le droit matrimonial reçoit une exacte et réciproque application, au cas de divorce, le conjoint offensé et victorieux conserve les avantages qui lui avaient été faits par le coupable condamné (art. 300); mais sans réciprocité (art. 299); l'équilibre a été rompu à raison de la faute commise dont les sanctions sont, pour ainsi dire, à double détente : le *divorce* d'abord, prononcé au profit de la victime, puis la *perte des avantages* par elle consentis au coupable qui encourt ainsi une véritable *pénalité civile*.

970. Plan. — Nous devons rechercher :
1° De *quels avantages* il s'agit ici;
2° *Qui* encourt la déchéance;
3° *Quel est le caractère juridique* de cette sanction.

971. A. **Avantages visés par l'article 299, § 1.** — Il en est de deux catégories : d'une part, les *libéralités proprement dites*; d'autre part *les avantages matrimoniaux*.

1° *Libéralités proprement dites.* — Toutes les libéralités que l'époux offensé avait consenties au conjoint contre qui le divorce est prononcé, vont tomber en vertu de l'article 299. On ne distingue :

a) Ni suivant qu'elles avaient été consenties à l'*occasion du mariage* et dans le contrat même, ou qu'elles étaient intervenues *au cours du mariage* : il faut seulement remarquer que, pour ces dernières donations, appelées *donations entre époux*, la déchéance légale présente peu d'intérêt pratique, car de telles libéralités sont toujours révocables *ad nutum* de la part de celui dont elles émanaient; en somme,

le législateur épargne simplement à l'époux outragé une révocation voulue et réfléchie; il agit pour lui; quant aux libéralités consenties antérieurement au mariage, nous pensons qu'elles échappent à l'application de l'article 299, car les pénalités sont de droit étroit (*Sic*, pour la bague de fiançailles, Req. 18 juill. 1933, *Rev. trim.* 1934, p. 121; *contra*, pour les libéralités consenties entre concubins devenus ensuite époux légitimes, trib. civ. Le Havre, 21 juill. 1932, *D. P.*, 1932, 2, 130, note *critique* Voirin);

b) Ni selon que la donation avait été consentie *ostensiblement et directement*, ou bien qu'elle était intervenue *indirectement* ou même sous un déguisement : les dons indirects, manuels ou déguisés sont incontestablement soumis à la loi commune; comme nous le verrons (t. III), les immunités dont ils jouissent sont de pure forme et ne touchent pas au fond même du droit;

c) Ni enfin, entre les libéralités entre vifs et les libéralités testamentaires : les *legs* antérieurement consentis sont visés, comme les donations par l'article 299, § 1; mais, dans ce domaine encore, la précaution du législateur ne présente pas un très gros intérêt pratique, parce que les testaments sont eux-mêmes révocables à volonté de la part du testateur; c'est seulement dans l'éventualité où ce dernier aurait négligé d'user de son droit de révocation, que la disposition de l'article 299, suppléant à sa volonté révocatrice, jouerait effectivement (Civ. 5 déc. 1849, *S.* 1850, 1, 6, *D. P.*, 1850, 1, 33).

972. — 2° *Avantages matrimoniaux.* — On entend par là les profits que les conjoints retirent, abstraction faite de toute libéralité proprement dite, du jeu du régime matrimonial, et, plus spécialement ici, de l'application des clauses du contrat de mariage, par exemple d'une clause de *partage inégal* de la communauté (il est stipulé que l'un des conjoints aura par exemple les trois quarts, l'autre le quart seulement) ou d'une clause de *préciput* (art. 1525 et suiv.). En principe, ces avantages ne sont point considérés par le législateur comme de véritables libéralités; il y voit des *conventions de mariage, des arrangements entre associés* (art. 1516 et 1525), donc des arrangements à titre onéreux. Exceptionnellement, il les traite cependant comme des libéralités :

a) D'abord, lorsqu'il s'agit de protéger les *enfants d'un premier lit* contre l'influence que le second conjoint pourrait exercer, à leur détriment, sur leur père ou sur leur mère (art. 1496 et 1527);

b) Puis, lorsque le divorce intervient au profit de l'un des

époux et aux torts et griefs de l'autre : celui-ci perd le bénéfice des avantages matrimoniaux qui lui avaient été accordés par son conjoint. Telle est, sans aucun doute, la signification de l'article 299 qui parle, non pas de libéralités, mais bien d'*avantages*, terme assez compréhensif pour englober les avantages matrimoniaux proprement dits.

973. — Toutefois, dans l'application de ce texte, il y a lieu de tenir compte des deux directives suivantes :

a) Ce sont seulement les avantages que l'époux coupable tenait du conjoint offensé qui tombent en pareille éventualité; ceux qui provenaient de toutes autres personnes lui demeurent acquis : seule, la victime doit être vengée;

b) Les avantages résultant du jeu normal du régime matrimonial adopté ne tombent pas par l'effet du divorce; c'est du moins l'opinion très généralement suivie. Par exemple, sous le régime de la communauté légale, il arrive que l'un des époux se trouve favorisé aux dépens de l'autre, et cela en dehors de toute clause matrimoniale particulière, et même de tout contrat de mariage : si le mari avait, lors du mariage, une fortune mobilière considérable, la femme en retire un profit évident, puisque les meubles que les époux possédaient en se mariant entrent en communauté : la femme en acquiert donc, sans bourse délier, la moitié. Cependant, si par la suite, le divorce vient à être prononcé contre elle, elle conservera l'avantage ainsi réalisé. Seuls sont atteints les avantages résultant de clauses particulières, les *avantages nuptiaux*.

974. B. **Qui encourt la déchéance.** — C'est uniquement l'époux coupable, à l'exclusion de son conjoint (art. 300). La loi de réciprocité est donc ici tenue en échec. Mais cette constatation n'a d'intérêt pratique que pour les donations ayant trouvé place dans le contrat de mariage, lesquelles sont irrévocables; pour les donations entre époux et pour les legs, l'égalité, rompue de droit, sera sans doute rétablie en fait; le conjoint condamné, privé du bénéfice des avantages qui lui avaient été consentis, ne manquera pas de riposter en révoquant, comme il en a le droit absolu, les libéralités de ce genre qu'il pouvait avoir adressées à l'époux offensé; ainsi se trouvera rétabli, sous une forme négative et contrairement à l'esprit de la loi, mais de façon strictement correcte, l'équilibre d'abord légalement détruit.

Il est d'ailleurs possible que cette égalité négative soit réalisée par la loi elle-même : si le divorce est prononcé *aux torts et griefs des deux époux*, l'un et l'autre encourent la

déchéance de l'article 299 (Paris, 30 août 1862, *S.*, 1862, 2, 443).

975. C. **Caractères de la déchéance :**

1° La déchéance est encourue de plein droit, *de plano*, par le conjoint contre qui le divorce est prononcé, par le seul effet de la décision, devenue définitive. Aucune formalité, aucune déclaration ne sont exigées : il n'est pas nécessaire que des conclusions aient été prises à cet effet et en ce sens par l'avoué du demandeur (Civ., 17 juin 1845, *S.*, 1846, 1, 52, *D. P.*, 1845, 1, 415) ;

2° La déchéance est *relative* ; elle ne se réalise que réserve faite des droits acquis par des tiers ; si, par exemple, c'est un immeuble qui avait été donné par le mari à sa femme, et si celle-ci l'avait grevé d'un droit réel, hypothèque ou servitude, ces droits subsistent nonobstant la déchéance. Il ne faut pas que les tiers soient punis à raison de la faute conjugale commise par leur auteur : les peines sont personnelles comme les fautes (Civ., 30 août 1865, *D. P.*, 1865, 1, 345 ; *S.*, 1866, 1, 9) ;

3° La déchéance *n'est pas d'ordre public*, l'époux outragé peut y renoncer et maintenir au conjoint coupable le bénéfice des libéralités ou des avantages qu'il lui avait consentis.

976. Comparaison. — Cette théorie de la *déchéance des avantages matrimoniaux* en évoque une autre, celle de la *révocation des donations pour cause d'ingratitude du donataire* (art. 955 — *inf.*, t. III, n° 1622). Elles diffèrent sur bien des points, notamment en ceci que la déchéance de l'article 299 est encourue de plein droit tandis que la révocation pour cause d'ingratitude est prononcée par le tribunal : elle n'a jamais lieu *ipso facto* (art. 956 — *inf.*, t. III, n° 1633).

II. Effets du divorce en ce qui concerne les enfants

977. Position de la question. — Lorsque le divorce a été prononcé entre les parents, la situation antérieure ne peut être maintenue pour les enfants : le foyer a cessé d'exister ; sans doute, le lien de la parenté subsiste ; la communauté de sang, plus forte que tout, résiste à l'épreuve ; mais il incombe au législateur et au juge de faire en sorte que les enfants pâtissent le moins possible de la situation anormale où ils se trouvent ; il doit faire prévaloir la solution la moins mauvaise pour eux.

1° C'est à cette préoccupation que répond l'article 304, d'après lequel « *la dissolution du mariage par le divorce*

admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage, d'aucuns des avantages qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère... »

2° C'est aussi à cette directive que le législateur obéit lorsqu'il précise que, malgré le divorce, les deux parents continuent à être tenus de l'*obligation alimentaire*, du *devoir d'éducation* envers leurs enfants (art. 303);

3° Enfin, c'est pour mettre les enfants dans les meilleures conditions d'existence possibles que l'article 302 règle l'importante question de leur *garde*.

978. Garde des enfants. — En principe, les enfants sont confiés par le tribunal *à l'époux qui a obtenu le divorce*, et c'est là encore un important enjeu de la lutte judiciaire (art. 302), d'autant que les indemnités pour charges de famille sont attribuées à celui des époux à qui les enfants sont confiés (L. de finances du 30 mars 1929, art. 50, § 1); que l'*administration légale* des biens des enfants mineurs lui est, en principe, attribuée (*inf.*, n° 981), et que la loi lui fait une situation de faveur dans le cas où, *le divorce ayant été prononcé aux torts réciproques* il s'agit d'attribuer le *bien de famille* ou une maison soumise au statut des *habitations à bon marché* (*sup.* n° 968; *inf.*, n° 1793).

Mais ce principe n'est point rigide; le tribunal peut s'en écarter, sur la demande de la famille ou du ministère public (même texte) et décider que les enfants, ou quelques-uns d'entre eux seront confiés :

1° Soit au *conjoint contre qui le divorce a été prononcé*; par exemple à la mère dont les soins sont utiles, ou même indispensables à raison du jeune âge des intéressés;

2° Soit à une *tierce personne* : particulier, institution charitable, établissement d'éducation; solution qui pourra s'imposer si le divorce est intervenu aux torts et griefs des deux époux et si, comme il arrive parfois en telle occurrence, aucun d'eux ne présente de suffisantes garanties de moralité pour la garde des enfants (Req., 21 janv. 1925, *S.*, 1925, 1, 53).

979. Pouvoirs des juges du fond. — La Cour de cassation reconnaît, en pareille matière, aux juges du fond un « pouvoir d'appréciation souverain » (Req., 22 mars 1922, *D. P.*, 1922, 1, 159) : elle leur demande seulement de *motiver* leurs décisions, de donner les raisons pour lesquelles ils s'écartent du principe, surtout s'ils enlèvent la

garde de l'enfant aux deux parents pour la confier à un tiers (arrêt précité du 22 mars 1922, motifs).

980. Caractère provisoire des mesures prises. — Les mesures prises pour la garde des enfants ne sont jamais définitives : le tribunal qui les a prescrites peut, à tout moment, les rapporter, en s'inspirant des circonstances; il peut arriver, en effet, que le gardien désigné ne s'occupe pas des enfants, ou bien qu'il les maltraite, ou encore que la maladie le prive de ses moyens, ou enfin que sa conduite soit scandaleuse; dans des cas de ce genre, le tribunal rapportera sa décision première : en pareille matière, *on vit dans un perpétuel provisoire*; et il appartient au président du tribunal, statuant en *référé*, de prendre toutes mesures urgentes que comporteraient les circonstances, et alors même qu'un litige serait déjà engagé, au fond, devant le tribunal (Req., 17 fév. 1930, *S.*, 1930, 1, 216).

Décès du gardien de l'enfant. Mais il est essentiel de noter que cette situation provisoire est limitée à la durée du divorce; au décès de l'époux constitué gardien, elle prend fin : si l'on suppose, par exemple, que le père, gardien des enfants, vienne à décéder; la mère, non déchue par hypothèse de la puissance paternelle, devient aussitôt et *nécessairement* investie de la garde, sans qu'il dépende du tribunal de l'en priver : les articles 302 et 303 sont désormais sans application (Req., 16 déc. 1930, *S.*, 1931, 1, 207); au contraire, d'après un projet élaboré par la *Société d'études législatives*, l'époux gardien venant à décéder, le survivant ne pourrait recouvrer la garde qu'en vertu d'une décision du tribunal qui prendrait auparavant l'avis du conseil de famille (*Bull. Soc. ét. lég.*, 1933, p. 308).

980*bis*. Sanctions. — Le législateur et la jurisprudence sanctionnent énergiquement la décision prise par le tribunal relativement à la garde des enfants : l'exécution en est assurée, *par la jurisprudence* au moyen des *astreintes*, c'est-à-dire à l'aide d'une condamnation à tant par jour, ou par semaine ou par mois du retard apporté, par celui qui détient indûment l'enfant, à sa restitution au gardien qualifié (*inf.*, n° 1091; t. II, n° 594); *par la loi pénale* : aux termes du second paragraphe de l'article 357 du Code pénal, ajouté par une loi du 5 décembre 1901, le père ou la mère qui ne représentera pas l'enfant à celui qui, par décision de justice intervenue au cours ou à la suite d'une instance en divorce, en a été constitué le gardien, ou encore qui l'enlèvera ou le détournera, fût-ce sans fraude ou violence, ou le fera enlever

ou détourner des mains de son gardien, ou des lieux où ce dernier l'avait placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 francs à 5.000 francs; de plus, si le coupable a été déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra, d'après le même texte, être élevé jusqu'à trois ans. Depuis que ces dispositions sévères sont intervenues, les infractions qu'elles répriment sont devenues moins fréquentes et le recours au système des astreintes moins nécessaire : la loi pénale, venue au secours du droit civil, a joué un rôle préventif intéressant; le législateur a procédé, assez efficacement, par voie d'intimidation et d'exemplarité.

981. Les autres attributs de la puissance paternelle. — Ce sont seulement la *garde* et la *direction* qui sont enlevées à l'un des époux pour être confiées à l'autre, ou qui sont enlevées à tous deux pour être remises à une tierce personne. Que décider pour les autres attributs de la puissance paternelle. Quelles en sont les destinées en suite et à raison du divorce des parents?

1° La *jouissance légale* est enlevée, de droit, à celui des parents contre qui le divorce a été prononcé et quand bien même il aurait la garde des enfants (art. 386);

2° Le droit de *diriger l'éducation* des enfants et le droit de *correction* sont des corollaires du droit de garde; ils le suivent fatalement;

3° Pour une raison similaire, les enfants sont *domiciliés* chez le gardien qui, s'il en était autrement, serait dans l'impossibilité matérielle de s'acquitter de ses obligations;

4° L'*administration légale* appartient, en principe, à celui des époux à qui la garde des enfants a été confiée (art. 389, § 3); mais cela sous le bénéfice d'une double réserve :

a) Le tribunal peut en décider autrement; tout en confiant les enfants à la mère, il peut stipuler que le père restera administrateur légal (même texte) : le lien établi entre la garde et l'administration légale n'est donc qu'un lien de principe; il n'est pas nécessaire;

b) Si le tribunal confie la garde à un tiers, le père conserve l'administration légale (trib. civ. Seine-Infér., 23 nov. 1927, *D. P.*, 1828, 2, 42, note Bernard Perreau); ce n'est donc pas de plein droit qu'elle passe alors à la mère; elle reste au père, sauf décision contraire du tribunal. Dans cette éventualité encore, s'affirme donc l'indépendance virtuelle entre les deux notions de garde et d'administration légale qui sont, en effet, de nature différente, l'une ayant trait à la personne de l'enfant, l'autre à ses intérêts pécuniaires.

5° En ce qui concerne l'*adoption* de l'enfant, la loi se contente du consentement donné par le gardien (art. 348, § 2), du moins si c'est en sa faveur que le divorce a été prononcé.

982. — *Les prérogatives dont le parent qui n'a pas la garde de l'enfant demeure cependant investi.* — Celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant conserve encore certaines prérogatives :

1° Il arrive, nous venons de le montrer, qu'il soit *administrateur légal*;

2° Il conserve le droit de donner ou de refuser son *consentement au mariage* : l'article 152, qui se contentait du consentement de celui des époux qui avait obtenu le divorce et à qui la garde avait été confiée, a été abrogé par la loi du 17 juillet 1927, laquelle a posé le principe que le dissentiment entre les père et mère emporte consentement (art. 148, § 1; *sup.*, n° 729); cette règle reçoit son application, même après le divorce des parents qui demeurent ainsi à égalité;

3° L'époux privé de la garde conserve l'aptitude à exercer la *tutelle* de l'enfant; si c'est lui qui décède le dernier, il peut nommer un *tuteur testamentaire*; à plus forte raison est-il capable de faire partie du *conseil de famille* de l'enfant;

4° Il conserve, ce qui est très important, un *droit de surveillance* sur l'entretien et l'éducation des enfants auxquels il est tenu de contribuer proportionnellement à ses facultés (art. 303; Civ. 13 avril 1937, *D. H.* 1937, 281);

5° Enfin, il semble bien que le père conserve le droit de procéder à l'*émancipation* des enfants dont la garde lui a été enlevée : aucun texte ne le prive de cette prérogative dont la survivance résulte indirectement de certaines décisions judiciaires (Req., 4 avril 1865, *D. P.*, 1865, 1, 387; L. Josserand, *De l'esprit des droits*, n° 72).

983. — Comme on le voit, le système de notre Code civil, pour ce qui est de la condition faite aux enfants de parents divorcés, est extrêmement décousu; il ne brille pas par la logique et la cohérence; c'est un régime empirique qui sauvegarde d'ailleurs assez bien les intérêts des enfants.

LA SÉPARATION DE CORPS

984. Sources. — C. civ., livre I, titre VI, chap. 4, art. 306 à 311, modifiés par différentes lois des 27 juillet 1884, 18 avril 1886, 6 février 1893, 6 juin 1908, 14 juillet 1909, 18 mars 1919, art. 5; 26 mars 1924, 4 février 1928,

19 décembre 1928, 30 mars 1929, art. 50; 28 mars 1931 modifiant l'article 66, C. com.; 13 avril 1932; 19 février 1933.

Bibliographie. — Outre certains ouvrages signalés à l'occasion du divorce (*sup.*, n° 904), v. MASSOL, *De la séparation de corps*; ZARZYCKI, *Le divorce et la séparation de corps comparés dans leurs causes*, thèse, Paris, 1913.

985. Généralités; rôle de la séparation de corps; statistique. — La séparation de corps, nous l'avons vu (*sup.*, n^os^ 905 et suiv.), est une sorte de divorce atténué, *quoad habitationem*, quant au domicile, quant à l'existence qui cesse d'être commune; avec elle, cesse l'obligation de cohabitation; aussi nos anciens auteurs la qualifiaient-ils volontiers de « *séparation d'habitation* » : et comme, d'autre part, elle laisse subsister le mariage et fait donc obstacle à une nouvelle union, on y voit le *divorce des catholiques* : avec elle, la perpétuité, l'indissolubilité du mariage sont sauvés; elle est un substitut, un succédané du divorce et c'est ce qui explique qu'elle disparaisse aux époques où celui-ci est accordé par le législateur pour ainsi dire à discrétion, par exemple pendant la période révolutionnaire (*sup.*, n^os^ 905 et 906).

Toutefois, depuis plus d'un quart de siècle, la séparation de corps a changé de physionomie, et cela depuis le jour où il a dépendu de l'un des époux séparés d'imposer à l'autre la *conversion* de la séparation en divorce (L. 6 juin 1908); dans ces conditions nouvelles, et, pour ainsi dire, dans ce cadre nouveau, la séparation de corps apparaît, moins comme un diminutif et un succédané du divorce, que comme une sorte de stage préparatoire à celui-ci : le *relâchement* du lien conjugal est devenu le prélude de sa *rupture*, et les époux séparés de corps sont devenus très souvent des candidats au divorce. Cette nouvelle fonction n'a d'ailleurs pas fait disparaître complètement l'ancienne avec laquelle elle vient se combiner.

En 1927, et pour l'ensemble de la France, 3.108 séparations de corps furent prononcées; en 1928, 3.196; en 1929, 3.387; en 1933, 3.729.

986. Plan. — Il faut distinguer :

1° Les *causes* de séparation de corps;

2° La *procédure* à suivre;

3° Les *effets* de la séparation;

4° Les *événements* qui y mettent *fin*.

Après quoi, il sera question, dans un cinquième paragraphe, de la *séparation de fait*.

§ I. — CAUSES DE SÉPARATION DE CORPS

987. Mêmes causes que pour le divorce. — Aux termes de l'article 306 « *Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps* ».

Les causes de *séparation* sont donc, tout simplement, les causes de *divorce* : l'époux offensé a le choix entre les deux partis; il optera librement, au gré de son ressentiment, de ses projets d'avenir, de ses convictions religieuses. Le parti auquel il se rangera ne sera d'ailleurs pas nécessairement un parti définitif : il le sera s'il introduit une demande en séparation de corps, en ce sens du moins que ladite demande ne peut pas être transformée par lui en demande en divorce Civ., 22 fév. 1888, *S.*, 1888, 1, 374, *D. P.*, 1888, 1, 223); si, au contraire, il a d'abord introduit une demande en divorce, la loi lui permet de la transformer en une demande en séparation de corps, *en tout état de cause* (art. 239, § 2). Le demandeur peut donc abaisser ses prétentions, mais non les augmenter, ou, du moins, il lui faudra, s'il prend ce dernier parti, recommencer la procédure, introduire une action distincte de la première.

988. — Autrefois, la jurisprudence se montrait plus facile, dans l'appréciation des griefs du demandeur, lorsqu'il s'agissait de séparation que lorsqu'il était question de divorce (Voy. Civ., 8 janv. 1900, *D. P.*, 1900, 1, 293), si bien qu'en fait, sinon en droit, les deux régimes différaient à leur origine même : cette nuance s'est effacée depuis que toute séparation de corps est susceptible d'aboutir au divorce; les tribunaux n'ont plus aucune raison de se montrer plus coulants dans un cas que dans l'autre, puisque l'aboutissement est toujours le même, virtuellement du moins : l'identité des causes de divorce et de séparation a la valeur à la fois d'un principe et d'une pratique constante.

§ II. — PROCÉDURE

989. Principe. — L'article 307, § 1, décide que la demande en séparation de corps « *sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile...* »; mais le texte ajoute : « *néanmoins, les articles* 236 *à* 244 *lui seront applicables...* »

En somme, l'analogie est étroite entre les deux procédures du divorce et de la séparation : c'est ainsi que les deux

demandes ont un caractère strictement *personnel*, qu'elles échappent donc à l'initiative des créanciers et des héritiers; ainsi, que les *tribunaux civils* sont exclusivement compétents pour en connaître; que le *défaut du défendeur* provoque les mêmes mesures de publicité (*sup.*, n° 936 : l'art. 308 renvoie à l'art. 247); que la *fraude* consistant, de la part du demandeur, à tenir son conjoint dans l'ignorance de la procédure, tombe sous le coup de la loi du 13 avril 1932 (*sup.*, n° 936) et constitue le même *abus des voies du droit*; que les mêmes *fins de non-recevoir* sont opposables dans un cas comme dans l'autre; que les mêmes *mesures provisoires* peuvent être prises au cours de l'instance (*sup.*, n^{os} 955 et suiv.); que la publicité du jugement est assurée par un affichage dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce (C. pr., art. 880 et 872, modif. par la loi du 19 déc. 1928); et, si l'un au moins des époux est commerçant par une mention sur le *registre du commerce* (C. com., art. 66 mod. par la loi du 28 mars 1931, l. du 18 mars 1919, art. 5); que le *pourvoi en cassation* est suspensif (art. 248, dern. al.). Enfin, l'article 307, § 1, spécifie que la séparation de corps, pas plus que le divorce, ne saurait avoir lieu à l'amiable, par le *consentement mutuel* des époux.

990. Dérogations; différences entre les procédures du divorce et de la séparation de corps. — Les principales sont les suivantes :

1° La demande en séparation de corps peut être formée par le *tuteur de l'interdit judiciaire*, avec l'autorisation du conseil de famille (art. 307, § 2), mais sans qu'il soit nécessaire que l'interdit ait manifesté en ce sens une volonté quelconque (Req., 28 mars 1911, *D. P.*, 1913, 1, 103).

Nous avons vu qu'au contraire ce même tuteur ne pourrait pas engager, au nom de l'interdit, une instance en divorce (*sup.*, n° 927);

2° Le demandeur en séparation n'est pas tenu de présenter en personne sa requête au président du tribunal (C. pr., art. 875). *Contra*, pour le divorce C. civ., art. 234; (*sup.*, n° 932);

3° Le tribunal ne peut pas imposer aux plaideurs le *sursis*, le temps d'épreuve que l'article 246 l'autorise à instituer au cours de la procédure du divorce; ce texte n'est, en effet, aucunement visé par les articles relatifs à la séparation, et la disposition qu'il contient est de droit étroit;

4° Les *délais d'appel et de pourvoi en cassation ne sont pas suspensifs* : l'article 252, § 2, qui consacre indirectement cet

effet suspensif en matière de divorce est, par la force même des choses, inapplicable à la séparation, car il se réfère à la formalité de la transcription, laquelle est étrangère à la séparation de corps;

5° En effet, à la différence du jugement ou de l'arrêt de divorce qui doivent, pour produire leur plénitude d'effets, être *transcrits* (art. 252 : *sup.*, n^os^ 950 et suiv.), la décision qui prononce la séparation de corps est pleinement efficace indépendamment de l'accomplissement de cette formalité qui n'a rien à voir ici : on peut regretter qu'il en soit ainsi, mais la solution ne saurait faire doute;

6° A la différence des jugement et arrêt de divorce, la décision qui prononce une séparation est susceptible d'*acquiescement*, c'est-à-dire que les époux peuvent renoncer aux voies de recours mises à leur disposition par la loi : l'article 249, qui prohibe cette solution, est spécial au divorce. Le législateur ne voit pas du même œil la décision qui rompt définitivement le mariage et celle qui se contente d'en desserrer l'étreinte. D'ailleurs, la disposition finale de l'article 249, ajoutée par la loi du 9 décembre 1922, fournit un argument décisif : du moment qu'on peut acquiescer à un jugement convertissant une séparation en divorce, c'est à bien plus forte raison que l'on a la faculté de s'incliner devant un jugement de séparation (Req., 28 déc. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 114, *S.*, 1892, 1, 120; 26 juill. 1916, *D. P.*, 1916, 1, 252);

7° Aucun texte ne prescrit une publication dans les journaux, analogue à celle que prévoit, pour le jugement de divorce, l'article 250.

§ III. — EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS

991. Généralités. — Les dispositions du Code civil, très insuffisantes, ont été complétées approximativement par la loi du 6 février 1893 qui a développé les articles 108 et 311.

Avant d'énumérer et de décrire les effets de la séparation, il importe de noter qu'ils se produisent — et c'est une différence avec ceux qu'entraîne le divorce — dès le jour où la décision est devenue définitive, puisqu'il n'est point question, en cette matière, de transcription.

Toutefois — et ceci est au contraire une analogie avec le divorce — il est admis que, dans les rapports des époux entre eux, ces effets sont reportés au jour de la demande, c'est-à-dire au jour de l'assignation lancée, *devant le tribunal*, par l'époux demandeur. Cette rétroactivité, limitée, comme en matière de divorce, au règlement des questions

d'ordre pécuniaire se rattachant à la liquidation du régime matrimonial des époux, n'est inscrite dans aucun texte; elle est admise par argument d'analogie tiré de la réglementation du divorce (art. 252)) et de celle de la séparation de biens (art. 1445, § 2). V. *inf.*, t. III, n° 250.

992. Enumération et description des effets produits par la séparation de corps :

I. La vie commune prend fin; *il n'y a plus de domicile conjugal*; chacun des époux a son domicile personnel (art. 108, § 3).

C'est là l'*effet essentiel* de la séparation de corps; il en entraîne lui-même plusieurs autres : avec la communauté d'habitation disparaissent et le *devoir d'assistance* qui implique la vie en commun, et l'obligation pour les époux de contribuer aux *charges du ménage*, puisqu'il n'y a plus de ménage.

II. En principe, la femme séparée de corps conserve le *nom* de celui qui est resté son mari; cependant, le tribunal, en prononçant la séparation, peut lui interdire de le porter, ou, à l'inverse, l'autoriser à ne plus le porter (art. 311, § 1; *sup.*, n° 216).

III. La femme séparée de corps recouvre *le plein exercice de sa capacité civile*; elle n'a plus besoin d'autorisation, du moins si elle est majeure, même pour les actes les plus graves (art. 311, § 2; *sup.*, n° 612).

IV. La séparation de corps entraîne *séparation de biens* entre les époux, de plein droit, sans même que le tribunal ait à s'en expliquer (art. 311, § 2); il est expédient, en effet, que le régime matrimonial soit adapté au régime des personnes, lequel est devenu désormais un régime d'isolement qui s'accommoderait mal d'une communauté des intérêts pécuniaires. S'il y avait une masse commune, elle sera liquidée; la femme aura sa fortune à elle qu'elle administrera librement (art. 1449) : ce ne sont pas seulement les actes d'administration qu'elle pourra accomplir, ce sont aussi les actes de disposition, puisqu'elle a recouvré le plein exercice de sa capacité civile.

C'est à cette occasion qu'intervient la règle de la rétroactivité précédemment signalée : la femme séparée de corps reprend rétroactivement, *du moins dans ses rapports avec son mari*, l'administration de sa fortune personnelle.

C'est dans le tome III et à l'occasion des *régimes matrimoniaux* que les conséquences de cette substitution du régime de la séparation de biens au régime matrimonial primitif seront examinées de près.

Il faut observer que, si les époux étaient précédemment mariés sous le régime de la séparation de biens, cette substitution est réduite au strict minimum : la séparation de biens *judiciaire* succède alors à la séparation de biens *contractuelle*, et cette transformation atténuée n'est d'ailleurs pas sans importance, nous le verrons en étudiant les régimes matrimoniaux.

993. V. **Déchéances.** — A l'instar du divorce, la séparation de corps s'accompagne de certaines déchéances; elles sont même plus nombreuses qu'au cas de divorce, certaines d'entre elles étant rendues superflues, dans cette dernière éventualité, par la rupture du mariage, par exemple la perte de la vocation successorale.

1° Précisément, cette dernière déchéance est formulée par le Code civil dans l'article 767, § 2 (L. 9 mars 1891) : une fois la séparation prononcée, celui des conjoints contre qui elle est intervenue, et celui-là seulement, perd les droits éventuels qui lui appartenaient dans la succession de l'autre époux, en sorte que, si c'est celui-ci qui décède le premier, le survivant est exclu de sa succession, tandis que, dans l'éventualité inverse, le droit successoral s'applique normalement; ce qui revient à dire que le principe de la *réciprocité* de la vocation successorale est alors mis de côté, solution logique, car le coupable seul doit supporter les conséquences de la faute qu'il a commise.

Si la séparation est prononcée aux torts et griefs des deux époux, ils perdent, l'un et l'autre, leur vocation successorale, et la règle de la réciprocité fait donc un retour offensif, mais sous une forme négative;

2° La veuve d'un fonctionnaire, civil ou militaire, a des droits à faire valoir sur la *pension de retraite* précédemment allouée à son mari ou à laquelle il aurait pu prétendre lors du décès, mais c'est à la condition qu'il n'existe pas, *contre elle*, un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée (L. 14 avril 1924, art. 267, § 1);

3° Le conjoint coupable est également déchu du *droit de jouissance* accordé par la loi du 14 juillet 1866, au survivant de l'auteur, du compositeur, de l'artiste, sur les œuvres du prédécédé (art. 1er de cette loi);

4° Le sort du *bien de famille* ou de l'*habitation à bon marché* est réglé, au cas de séparation de corps, exactement comme s'il y avait eu divorce (L. 13 fév. 1937; *sup.*, n° 968); notamment, si la séparation est prononcée en faveur de l'un des époux et aux torts de son conjoint, c'est le premier

seul qui sera fondé à demander que le bien ou la maison lui soient attribués (même texte).

994. — 5° Que vont devenir les *libéralités* et les *avantages matrimoniaux* intervenus entre les époux?

Sans aucun doute, le conjoint qui a obtenu la séparation conserve le bénéfice desdits avantages; mais c'est pour l'époux coupable que la question se pose. La difficulté provient de ce qu'il n'existe pas, pour la séparation de corps, de disposition à portée générale comme celle de l'article 299, § 1, relative au divorce.

Il est vrai que l'article 1518 résout la question, dans le sens de la déchéance, en ce qui concerne un avantage matrimonial d'une certaine catégorie, celui qui résulte d'une *clause de préciput* : il ressort implicitement mais nettement de ce texte que le conjoint contre qui la séparation a été prononcée perd son préciput, c'est-à-dire le droit de prélever certains biens avant tout partage de la communauté. Mais cette disposition ne fournit d'argument concluant ni dans un sens, ni dans l'autre, car encore faudrait-il savoir si l'on doit user, en ce qui la concerne, de l'argument par analogie ou de l'argument *a contrario*. Dans le premier sens, on peut dire qu'il n'existe aucune bonne raison de faire un sort spécial au préciput : tous les avantages matrimoniaux sont à traiter de même; mais, dans l'opinion opposée, on fait observer que l'article 1518 prononce une *pénalité civile* et qu'à ce titre il doit être strictement interprété. Il est vrai qu'une autre considération fait pencher la balance en faveur de l'interprétation extensive; elle est puisée dans la tradition : il était admis, dans notre ancien droit, que la perte des avantages matrimoniaux était, pour le coupable, la conséquence de la séparation de corps (POTHIER, *Traité du douaire*, n^os^ 256 et suiv.). Aussi comprend-on que les Chambres réunies de la Cour de cassation se soient prononcées en faveur de l'interprétation la plus large et de l'assimilation, sur ce point, de la séparation de corps au divorce (Ch. réunies, 23 mai 1845, *S.*, 1845, 1, 321; *D. P.*, 1845, 1, 225).

995. — 6° La *puissance paternelle* est elle-même attaquée par la séparation, au préjudice de l'époux coupable : en principe, les règles à appliquer sont les mêmes qu'au cas de divorce, et nous pouvons nous borner à renvoyer aux explications données à cette occasion : notamment, la loi du 5 décembre 1901, qui réprime le délit de non-représentation, de détournement de l'enfant mineur, commis par

celui des parents à qui la garde n'avait pas été confiée, vise la décision de justice intervenue au cours ou à la suite d'une instance de séparation de corps, aussi bien que celle qui est prise à l'occasion d'une procédure de divorce (C. pén., art. 357, § 2; *sup.*, n° 980*bis*).

Cependant, une particularité est à signaler : l'article 386 enlève la *jouissance légale* à celui des parents contre qui le divorce a été prononcé; mais aucune disposition de ce genre n'existe pour la séparation de corps et on en conclut que le coupable conserve ici cet attribut de la puissance paternelle : les pénalités sont de droit étroit (Aix, 25 mars 1912, *S.*, 1913, 2, 7).

996. Ce qui reste du mariage après la séparation de corps. — Il en reste beaucoup encore :

1° D'abord le *lien matrimonial* lui-même, d'où cette conséquence que les époux ne sauraient, à peine de bigamie, contracter une union nouvelle;

2° Puis le devoir de *fidélité*; l'*adultère* reste possible et il demeure une cause éventuelle de divorce. Seulement, comme nous l'avons noté, l'adultère du mari n'est plus *pénalement* punissable, puisqu'on ne conçoit plus qu'il soit commis au *domicile conjugal*, lequel n'existe plus désormais;

3° Le devoir de *secours subsiste*; le conjoint dans la détresse est fondé à réclamer à l'autre, dont les ressources sont plus abondantes, une pension alimentaire (*inf.*, n° 1141);

4° La femme séparée conserve son *hypothèque légale* sur les immeubles du mari;

5° Si les époux étaient mariés sous le *régime dotal*, la dot de la femme demeure inaliénable;

6° En principe, nous l'avons vu, la femme conserve le droit de porter le nom de son mari (*sup.*, n° 216);

7° L'époux qui a obtenu la séparation conserve les *avantages matrimoniaux* qui lui avaient été consentis, ainsi que sa vocation successorale.

§ IV. — ÉVÉNEMENTS QUI METTENT FIN À LA SÉPARATION DE CORPS

997. Enumération. — Ce sont :

1° Le *décès*;

2° La *réconciliation*;

3° La *conversion* de la séparation de corps en divorce.

998. — I. Décès de l'un des époux. — Le mariage est

alors dissous, mais c'est par le décès qu'il l'est, non par la séparation de corps à laquelle n'appartient jamais cette force dissolvante.

Il est à remarquer qu'en pareil cas, les obstacles qui pouvaient paralyser la puissance paternelle s'abaissent *ipso jure*; si, par exemple, le tribunal, lors de la séparation, avait confié les enfants à leur mère, celle-ci venant à décéder, le père recouvre aussitôt ses droits, y *compris la garde des enfants*.

999. II. **Réconciliation.** — Le législateur appelle de ses vœux la réconciliation des époux séparés; aussi ce dénouement désiré n'est-il soumis à aucun formalisme, à aucun mode de constatation. La *reprise de la vie commune* qui en constitue la forme normale et incontestable, n'est pas indispensable; une *convention expresse* ne l'est pas davantage; le juge induira la réconciliation de toutes circonstances, de toute attitude de nature à l'impliquer (Civ., 13 avril 1929, *S.*, 1929, 1, 305). Les époux séparés devront donc, s'ils veulent rester tels, faire preuve de réserve et de prudence (Req., 24 fév. 1908, *S.*, 1908, 1, 471; *D. P.*, 1908, 1, 410). Tout au moins la réconciliation implique-t-elle un *accord de leurs volontés*; elle ne saurait être *unilatérale*; l'époux offensé lui-même n'est pas fondé à imposer le pardon au coupable.

1000. Effets de la réconciliation. — La réconciliation efface les effets de la séparation; elle opère comme une amnistie (arrêt précité du 24 fév. 1908) : la vie commune reprend, le foyer est reconstitué, l'autorité paternelle restaurée; la femme reprend le nom du mari, à supposer qu'elle l'eût quitté, et redevient incapable.

Cependant, il est un effet qui survit à la cause, à savoir *la séparation de biens*, attachée de plein droit à la séparation de corps; on veut, par cette survie, mettre les tiers à l'abri de certaines surprises et de certaines fraudes.

1001. Observations. — Les effets que nous venons d'indiquer appellent les deux observations suivantes, fort importantes.

1° *Publicité*. Pour que ces effets se produisent vis-à-vis des *tiers*, c'est-à-dire, pratiquement, pour que la femme soit à même de se prévaloir derechef de son incapacité, il faut que certaines formalités de publicité aient été observées, qui sont prescrites par l'article 311, § 4.

a) Un *acte notarié* doit avoir été dressé pour constater la reprise de la vie commune;

b) Un *extrait* de cet acte doit être affiché « *en la forme indiquée par l'article* 1445 », c'est-à-dire dans la principale salle du tribunal de première instance, et, si le mari est commerçant, dans celle du tribunal de commerce;

c) *Mention* de cet acte doit être faite en marge et de l'acte de mariage des époux et du jugement ou arrêt qui avait prononcé la séparation;

d) Enfin, un *extrait* de l'acte de réconciliation doit être inséré dans l'un des journaux du département recevant les annonces légales.

2° *Restauration du régime antérieur.* Il est loisible aux époux de faire produire à leur réconciliation des effets plus étendus que ceux qui viennent d'être indiqués : il dépend d'eux de rétablir leur régime matrimonial primitif, par exemple la communauté légale. Ils doivent alors passer un *acte notarié spécial*, lequel doit lui-même être *publié*; de plus, la loi exige, en pareil cas, le *retour pur et simple*, sans modification aucune, au régime primitif. Enfin, la restauration de ce régime est *rétroactive* : la séparation de biens est abolie, même dans le passé; les époux sont censés avoir toujours vécu sous le régime matrimonial initial (Voy. l'art. 1451).

Si l'un des époux est commerçant, l'acte rétablissant la communauté doit être mentionné sur le *registre du commerce* (L. 18 mars 1919, art. 5 — 3°).

1002. III. **Conversion de la séparation de corps en divorce. Sa raison d'être.** — La situation faite aux époux par la séparation de corps est fausse et précaire; la chaîne conjugale subsiste, sans compensation, sans affection, sans foyer; c'est une situation d'attente, en vue d'un événement décisif qui ne peut être que la *réconciliation*, ou, à l'inverse, le *divorce*.

D'autre part, on ne peut songer à imposer aux époux qui veulent aller jusqu'à la rupture l'obligation de former une demande en divorce, de repasser par le *processus* suivi une première fois déjà en vue de la séparation : le tribunal a reconnu la réalité et la gravité des faits, puisqu'il a prononcé la séparation de corps; il serait vain de tout recommencer, *ab ovo*; mieux vaut aller droit au but, en utilisant la procédure déjà faite, en commuant la séparation en divorce; à cet effet, l'un des époux introduira une *demande en conversion*.

1003. Plan. — Nous allons rechercher :

1° *Qui* peut demander la conversion;

2° Quelle est la *procédure* à suivre;
3° Quels sont les *caractères juridiques* de la conversion.

1004. A. **Qui peut demander la conversion.** — Le Code civil réservait le droit de demander la conversion à l'époux contre qui la séparation avait été prononcée : singulier système qui permettait au coupable d'adresser à la victime une sorte de mise en demeure : ou la reprise de la vie commune, ou le divorce.

Depuis la loi de 1884, l'initiative est reconnue aux deux époux qui sont donc à ce point de vue à égalité (art. 310, § 1).

1005. B. **Procédure.** — Le conjoint qui veut demander la conversion doit attendre l'expiration d'un délai de trois années, à dater du jour où la décision de séparation était devenue *définitive*. (Civ., 28 nov. 1887, *S.*, 1890, 1, 113; *D. P.*, 1888, 1, 433; Req., 20 juill. 1920, *S.*, 1921, 1, 37; *D. P.*, 1921, 1, 69; Civ., 5 fév. 1929, *S.*, 1930, 1, 81; 23 avril 1936, *D. H.*, 1936, 363, *S.*, 1936, 1, 264.)

Le *tribunal compétent* est celui du domicile *actuel* du défendeur à la conversion, et non pas nécessairement celui qui avait prononcé la séparation. Le demandeur adresse au président dudit tribunal une *requête* à fin d'obtention de l'autorisation d'assigner son conjoint devant cette juridiction (art. 310, § 4); le président rend l'ordonnance dont s'agit, permettant d'assigner à huit jours francs, nommant un juge-rapporteur, ordonnant la communication au ministère public et fixant le jour de la comparution des parties (art. 30, § 6).

L'affaire vient en *chambre du conseil* (art. 310, § 5); le jugement est rendu en *audience publique* (§ 7).

Si la cause est portée en appel, les règles à appliquer sont les mêmes (§ 8. — Req., 14 déc. 1932, *D. H.*, 1933, 17).

Il n'y a *ni comparution personnelle* des parties, *ni obligation*, pour le demandeur, de présenter sa requête en *personne* : la cause a été entendue par le juge une première fois déjà, et d'ailleurs, la conversion est, nous allons le voir, *obligatoire* : à quoi bon tergiverser pour aboutir à un résultat inévitable?

1006. C. **Caractères juridiques de la conversion.** — Il en est deux principaux : la conversion est *obligatoire*, et elle ne fait que consolider, que renforcer la décision qui avait prononcé antérieurement la séparation de corps.

1° *La conversion a un caractère obligatoire.* Elle est même deux fois obligatoire :

a) Pour celui contre qui elle est demandée : il ne pourrait pas, comme au lendemain de la promulgation du Code civil, échapper à la conversion en offrant de reprendre la vie commune; cette échappatoire lui est fermée; le demandeur peut lui imposer le divorce;

b) Pour le *tribunal*. A cet égard, nous avons connu des régimes successifs : primitivement, la conversion avait, pour le juge, un caractère *obligatoire*; en 1884, lors du rétablissement du divorce, elle prit un caractère *facultatif*; le tribunal appréciait. Mais une loi du 6 juin 1908 en est revenue à la conception de l'*obligation* : « ... *Le jugement sera de droit converti en jugement de divorce...* » (art. 310, § 1). En fait, le changement n'a pas grande portée : les tribunaux usaient rarement, avant 1908, du pouvoir d'appréciation qui leur était octroyé; c'est dans la proportion de 95 pour cent qu'ils accueillaient les demandes en conversion. Pour l'année 1933, sur 1.000 demandes en conversion, 971 furent accueillies, tandis que 27 étaient rejetées et que 2 se terminaient par une transaction (*Compte général de l'Administration de la Justice civile*, pendant l'année 1933, p. 29).

1007. — 2° *La conversion ne fait que consolider, que renforcer la décision qui avait prononcé antérieurement la séparation de corps.* — Nous entendons par là que le jugement de conversion ne saurait être traité ainsi qu'un jugement de divorce intervenu sur une demande en divorce; il n'est pas indépendant par rapport à la décision première; *il est cette décision même*, transmuée en une décision plus radicale; c'est le premier jugement qui continue à constituer le titre de la rupture, titre d'abord virtuel, dont les effets se sont développés par la suite; c'est lui qui devient jugement de divorce.

1008. Conséquences de ce point de vue :

a) Les faits retenus par les juges de la demande en conversion sont toujours et uniquement ceux qui avaient été accueillis au cours de la première instance; on ne saurait y ajouter quoi que ce fût : la *cause de la conversion* est nécessairement la *cause de la séparation*. (Req., 24 mai 1892; *D. P.*, 1893, 1, 411);

b) Le divorce sur conversion intervient obligatoirement *aux torts et griefs* de l'époux contre qui la séparation avait été prononcée. A cet égard encore, il y a chose jugée; le tribunal ne pourrait pas, par exemple, rompre le mariage

contre le mari alors que la séparation avait été prononcée contre la femme. On sait donc, à l'avance, qui encourra décidément les déchéances en vue ; c'est celui-là même à qui elles avaient été infligées par le jugement de séparation;

c) C'est aussi le conjoint coupable qui supporte les *dépens* de l'instance, pour le tout, et quand bien *même il serait demandeur en conversion*, donc même dans l'éventualité où il fait figure de partie gagnante (art. 310, § 2). Si d'aventure la séparation avait été prononcée aux torts et griefs des deux époux, les dépens seraient partagés entre eux, par moitié (même texte).

Toutefois, il ne s'agit ici que des *frais normaux* de la conversion, et il faudrait traiter autrement les dépens imputables spécialement à l'une des parties, soit qu'ils correspondent à un *incident* par elle soulevé, tel qu'une exception d'incompétence (Req., 29 juin 1915, *S.*, 1915, 1, 121; *D. P.*, 1916, 1, 167), soit qu'ils aient été déterminés par l'exercice d'une *voie de recours*, appel ou opposition (Req., 10 mars 1924, *S.*, 1924, 1, 327; 25 avril 1934, *D. H.*, 1934, 316); en pareille éventualité, ils incombent uniquement à celui qui les a occasionnés;

d) Les règles relatives à la *transcription* du jugement de conversion sont déterminées en application de l'article 252 : l'initiative échoit, en principe, *à l'avoué de la partie qui avait obtenu la séparation*, car, c'est elle qui, en définitive, est considérée comme ayant obtenu le divorce; pendant la première quinzaine, elle bénéficie, à cet égard, de l'exclusivité accordée par l'article 252, §§ 1 et 5; c'est seulement après l'expiration de ce délai que la transcription peut être requise par les deux parties. (Nancy, 14 janv. 1888, *S.*, 1888, 2, 53);

e) On peut expliquer encore par la persistance du titre primitif la disposition de l'article 249 d'après lequel le jugement ou l'arrêt de conversion est susceptible d'*acquiescement*, alors qu'il en va autrement de la décision de divorce intervenue sur une demande en divorce (même texte) : le législateur, en statuant ainsi, considère la nature de la décision première qui, envisagée en elle-même, comportait l'acquiescement (*Sup.*, n° 990);

f) Enfin, aux termes de l'article 310, § 3 : « *Les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation conservent en tous cas leur effet.* » Cette formule signifie :

1. Que le conjoint offensé, au profit de qui la séparation avait été prononcée et qui avait obtenu, de par le jugement de séparation, une pension alimentaire, n'a pas besoin de

faire statuer à nouveau par le tribunal sur ladite pension qui peut servir de fondement à une condamnation pour *abandon de famille*, encore que le jugement de conversion n'en ait pas rappelé l'existence (Crim., 22 juin 1935, *D. H.*, 1935, 479, *S.*, 1936, 1, 353, note J.-A. Roux), mais qui, allouée en vertu de l'article 212, se transforme automatiquement et procède désormais de l'article 301, car, l'obligation alimentaire ayant pris fin, il ne saurait plus être question de rattacher la pension à l'article 301 (*Inf.*, n° 1145; Civ., 16 mai 1933, *D. H.*, 1933, 394).

La transformation est, d'ailleurs, non seulement de forme, mais de fond : la pension est limitée au tiers des revenus de l'époux débiteur et elle est transmissible passivement à ses héritiers. (*Inf.*, n^{os} 1155 et 1174.)

2. On peut encore rattacher à la formule de l'article 310 § 3, cette solution qu'il n'appartient pas à la chambre du conseil, saisie d'une demande en conversion, de modifier le chiffre de la pension alimentaire, une telle décision ne pouvant être prise que par le tribunal qui avait statué sur la séparation de corps; plus généralement, les mesures provisoires ne sauraient être rétractées ou modifiées que par le juge qui les avait prescrites (Civ., 14 déc. 1936, *S.* 1937, 1, 56, *D. H.*, 1937, 82).

1009. La transcription du jugement de conversion. — Parce que le jugement de transcription consacre la rupture du mariage, il est sujet à transcription sur les registres de l'état civil. Les règles à suivre sont exactement celles qui sont tracées dans l'article 252 pour la transcription de la décision intervenue sur une demande en divorce; les initiatives sont les mêmes (*Sup.*, n° 951) comme aussi la sanction.

§ V. — DE LA SÉPARATION DE FAIT [1]

1010. Principe. — La loi prohibe formellement la séparation de corps par le consentement mutuel des époux (art. 307, § 1), et il est évident que la répudiation de l'un d'eux par l'autre ne saurait avoir plus d'efficacité; le devoir de cohabitation, inscrit dans l'article 214, ne peut prendre fin que par un jugement de divorce ou de séparation de corps ou par la décision qui, au cours de la procédure, autorise

[1] V. les thèses de MM. Boyer, Montpellier, 1908; Benoit-Cattin, Grenoble, 1920; Landre, Nancy, 1921. V. aussi Richardot, *Les pactes de séparation amiable entre époux*, 1930 et l'article de M. Savatier sur *Les séparations amiables entre époux*, *Rev. trim.*, 1931, p. 535.

la femme à avoir une résidence distincte du domicile conjugal.

1011. Conséquences. — 1° En dépit de l'accord intervenu ou de la répudiation officieuse, il dépend toujours de l'un des époux d'exiger, à un moment quelconque, la reprise de la vie en commun qui mettra la situation de fait en accord avec la situation juridique.

2° Les arrangements qui ont pu être conclus en vue de la séparation et pour l'aménager sont radicalement nuls comme procédant d'une *cause illicite*, comme tendant à organiser juridiquement une situation qui est contraire à l'ordre public. (Civ., 2 janv. 1907; *D. P.*, 1907, 1, 137, note A. Colin, *S.*, 1911, 1, 585; note Wahl.)

1012. Difficultés. — Il semble donc que la situation soit aussi nette que possible, les époux séparés de fait devant être traités comme s'ils vivaient en commun.

Mais la loi n'a point cette puissance de faire abstraction du fait; la fiction ne saurait l'emporter sur la réalité; malgré tout, cette circonstance que les époux vivent chacun de son côté fait surgir des problèmes dont la solution, dans le silence de la loi, est malaisée; de toute façon, force sera d'établir un régime juridique, un *modus vivendi* tenant compte de l'isolement des époux, de cette circonstance qu'il y a *mariage sans ménage*; et, pour le faire comprendre, il suffit de noter les changements apportés dans la situation des époux par leur séparation de fait, les répercussions que celle-ci exerce sur le régime auquel ils étaient précédemment soumis.

1° Si la séparation est l'œuvre de l'un des époux et a été imposée à l'autre, elle peut être, pour celui-ci, une cause de *séparation de corps* ou de *divorce*, comme constituant l'*injure grave* de l'article 231;

2° L'enfant conçu au cours de la période de séparation pourra être *désavoué* par le mari pour cause d'éloignement (art. 312, § 2), du moins si certaines circonstances sont réunies (*inf.*, n° 1051);

3° La *puissance paternelle* peut être indirectement influencée par la destruction du ménage des parents; les enfants pourront être confiés à la mère si le père commet un abus de la puissance paternelle, abus facilité par l'isolement réciproque des époux (Paris, 8 fév. 1912; *D. P.*, 1912, 2, 273, note Planiol, *S.*, 1914, 2, 209, note L. Hugueney; *Inf.*, n° 1086);

4° L'*obligation alimentaire* entre époux survit sauf con-

troverse, en cas de séparation amiable (Civ., 1er juin 1929, *inf.*, n° 1143) ; mais la jurisprudence décide qu'elle ne peut être invoquée par celui à qui la séparation est imputable, au lieu que le conjoint délaissé continue à y avoir droit. Notamment, si la séparation est due à la faute du mari, celui-ci reste tenu d'entretenir sa femme et de lui servir une pension alimentaire, tandis qu'il est libéré de cette obligation si c'est la femme qui, sans juste motif, a abandonné le domicile conjugal (*inf.*, n° 1143) ;

5° Les moyens d'action de la femme isolée demandent à être intensifiés; sans doute, son *incapacité* de femme mariée subsiste, puisque le mariage n'a pas pris fin, puisque le lien conjugal n'a même pas été relâché; mais si l'on s'en tenait à cette vue théorique, on rendrait à la femme abandonnée toute existence impossible ou du moins bien difficile en l'obligeant à recourir à l'autorisation de justice pour les actes mêmes les moins importants; on la frapperait ainsi d'une sorte de mort civile réduite; on la placerait, en fait, hors le droit.

La jurisprudence et les auteurs viennent à son secours en utilisant soit l'idée d'une *autorisation générale* qui lui aurait été donnée tacitement par son mari du fait même de son abandon, soit plutôt et plus raisonnablement celle du *mandat domestique* dont les termes s'élargiraient pour les besoins de la cause et eu égard à la situation exceptionnelle de la femme abandonnée. La deuxième conception est supérieure à la première, parce que le mandat domestique puise sa source dans les devoirs qui incombent au mari et qu'il échappe donc ainsi, par son origine et par son but, à la fantaisie, au bon vouloir de celui-ci; c'est à elle que les arrêts se réfèrent plus volontiers pour permettre à la femme d'accomplir même les actes dépassant la limite des dépenses ménagères, par exemple en engageant ses services, en faisant choix d'une profession ou en prenant un appartement à bail. (Req., 6 août 1878; *D. P.*, 1879, 1, 400; Civ., 24 janv. 1917, *S.*, 1920, 1, 65, note Naquet; *D. P.*, 1921, 1, 13; 1er juin 1929, *D. P.*, 1931, 1, 79; trib. civ., Seine, 11 juill. 1922; *D. P.*, 1924, 2, 105, note Nast, mais non pas en se livrant à des spéculations boursières [Paris, 23 nov. 1932, *D. P.*, 1934, 2, 97, note Nast] : le mandat domestique, non plus que l'autorisation générale tacite, ne sauraient revêtir une telle ampleur. Les engagements par elle assumés obligent donc le mari; quant à elle, elle ne peut être poursuivie que dans la limite de l'enrichissement réalisé (action *de in rem verso*) ou à raison d'une faute qu'elle aurait commise dans ses rapports avec ses créanciers;

6° La séparation de fait crée un *état apparent* qui est susceptible de réagir sur la situation des époux et de déterminer, en vue de donner aux tiers une sécurité indispensable, une déviation des principes du droit commun. Par exemple, le mari serait mal venu à demander, pour cause d'incapacité, l'annulation des actes passés par sa femme sans autorisation, alors que c'est lui qui a contribué à induire le public en erreur, à laisser croire que sa femme était libre de tout engagement : ayant créé une *situation juridique apparente*, il ne peut plus, comme autrefois, se réclamer en toute occurrence de la réalité qu'il a contribué à dissimuler aux yeux de tous. (*Sic*, Req., 8 nov. 1905, *S.*, 1907, 1, 145; note HÉMARD; Paris, 23 nov. 1932, précité, avec la note de M. NAST.)

CHAPITRE II

La parenté légitime

Paternité et filiation

1013. Généralités. Plan. — Dans la famille légitime, comme dans toute famille, la *parenté*, telle que nous l'avons précédemment définie (*Sup.*, n° 679), dérive de la *filiation*, puisqu'elle n'est autre chose que le lien unissant des personnes qui descendent soit l'une de l'autre, soit d'un auteur commun; elle est d'ordre essentiellement *généalogique*; elle implique l'existence d'une filière d'êtres humains, d'une *filiation*.

Ce dernier mot comporte deux acceptions, l'une plus large, l'autre plus précise : génériquement, la filiation se réfère à tous les anneaux de la chaîne qui relie une personne à un ancêtre, même très lointain; mais, dans l'acception la plus répandue et qui sera la nôtre, elle ne vise que le rapport d'un enfant avec ses auteurs immédiats, avec son père et sa mère; ce rapport prend le nom de *filiation* lorsqu'on l'envisage du côté de l'enfant, et celui de *paternité* ou de *maternité* si l'on se place au point de vue et du côté des parents.

La filiation peut être *légitime*, *naturelle* ou *adoptive* selon qu'elle puise sa source dans le mariage, ou dans des relations hors mariage, ou enfin dans un acte d'adoption : c'est uniquement la première variété qui nous occupera dans ce chapitre divisé en deux sections :

1° *Détermination* et *preuve* de la filiation légitime et, par là même, de la parenté légitime qui en est issue;

2° *Effets* de la parenté légitime et, plus spécialement, de la filiation légitime *stricto sensu* : c'est à cette occasion que nous étudierons la *puissance paternelle* et l'*obligation alimentaire*.

SECTION I. — DÉTERMINATION ET PREUVE DE LA FILIATION LÉGITIME, BASE DE LA PARENTÉ LÉGITIME

1014. Base du sujet. — La filiation légitime puisant sa source dans le mariage, celui-là seul aura la qualité d'enfant légitime dont la *conception* sera l'œuvre de deux époux. Le moment décisif à prendre en considération est, en effet, non point celui de la naissance, mais bien celui de la procréation; sans doute, il arrive qu'un enfant conçu en dehors du mariage se trouve, par la suite, *légitimé* par l'union tardive de ses auteurs, soit que cette union intervienne avant sa naissance, soit même qu'elle ne se réalise que plus tardivement encore; mais cette légitimation se produit sans rétroactivité; l'enfant légitimé est bien assimilé à l'enfant légitime, mais pour l'avenir seulement, non pour le passé (*inf.*, n° 1293); il ne bénéficie donc pas totalement du statut de la légitimité et il doit être rangé dans une catégorie particulière.

1015. Difficulté et incertitude. — A la différence de la naissance, la conception est un fait obscur dont la localisation dans le temps présente les plus grandes difficultés : tandis que la *maternité*, consacrée par l'accouchement, s'étale au grand jour, la *paternité* est entourée de mystère; elle ne comporte de preuve directe, ni dans sa réalité, ni dans le moment où elle s'est manifestée; en sorte que le législateur, dans l'impossibilité où il était d'obtenir une preuve directe et certaine, a dû se contenter de probabilités et recourir au stratagème de présomptions que nous aurons à décrire et à analyser : il tient pour vrai ce qui est vraisemblable.

1016. Plan. — Nous aurons à résoudre successivement les deux problèmes, qui se posent ainsi dans des termes très différents, de la détermination de la filiation légitime *maternelle*, puis de la détermination de la filiation légitime *paternelle*.

§ I. — DÉTERMINATION ET PREUVE DE LA FILIATION LÉGITIME MATERNELLE

1017. Plan. — Il faut étudier d'abord les *modes de preuve* de la filiation maternelle, puis les *actions* relatives à l'établissement de cette filiation : d'abord le précepte, ensuite sa mise en œuvre, sa réalisation.

I. Modes de preuve

1018. Enumération. — La preuve de la filiation légitime maternelle a un triple objet :

1° L'intéressé doit établir que telle femme est accouchée d'un enfant;

2° Il doit prouver que cet enfant est bien celui dont l'état est en question;

3° Il doit démontrer que la mère était mariée lors de la conception de l'enfant.

Nous ne reviendrons pas sur ce dernier chef de la preuve au sujet duquel nous nous sommes précédemment expliqué (*Sup.*, n^os^ 882 et suiv.) ; et nous ne retiendrons donc que les deux premiers, en glissant rapidement sur le second, car il est rare qu'une fois démontré l'accouchement d'une femme mariée, l'identité de l'enfant dont elle est accouchée avec celui dont l'état est en cause fasse l'objet d'une contestation, et il arrive même, nous le verrons, que la première de ces preuves entraîne et implique la deuxième.

Dans les articles 319 et suivants, le Code civil admet trois modes de preuve de la maternité légitime :

1° D'abord, et avant tout, par l'*acte de naissance*;

2° Puis par la *possession d'état*;

3° Enfin, et *lorsqu'un procès est engagé au sujet de la filiation maternelle légitime*, la *preuve par témoins* est admise, mais seulement à de certaines conditions.

Tandis que les deux premiers modes de preuve peuvent fonctionner en dehors de tout litige, le troisième n'entre en jeu que devant un tribunal; il a un caractère contentieux, un caractère judiciaire qui n'appartient point nécessairement à l'acte de naissance et à la possession d'état.

1019. I. Acte de naissance. — C'est par l'acte de naissance que se prouve normalement la maternité (art. 319).

Nous ne reviendrons pas sur les conditions de forme que l'acte doit remplir (*Sup.*, n° 265), pas plus que sur la force probante qui lui appartient (*Sup.*, n^os^ 276 et suiv.). Bien

entendu, on exige qu'il contienne la désignation de la mère et celle de l'enfant (arg. art. 323, § 1); mais il importe peu que la mère soit désignée par son nom d'origine ou par celui que lui a conféré son mariage. (Req., 1er fév. 1876, *S.*, 1876, 1, 373, *D. P.*, 1876, 1, 323; 22 juill. 1913, *S.*, 1914, 1, 351, *D. P.*, 1917, 1, 50).

Si l'*identité* de l'enfant est contestée, ce qui sera très rare, la preuve pourra en être administrée par tous les moyens possibles, notamment par témoins et abstraction faite de tout commencement de preuve par écrit : il s'agit, en effet, d'un fait matériel pour lequel l'intéressé n'a évidemment pas pu se ménager une preuve préconstituée et au sujet duquel l'acte de naissance est, par la force même des choses, dépourvu de force probatoire.

1020. II. **Possession d'état.** — « *A défaut de ce titre* — l'acte de naissance — *la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit.* » (Art. 320.)

Nous avons défini la possession d'état à propos de la preuve du mariage (*Sup.*, nos 889 et suiv.) et il suffit de reproduire ici, avec l'indispensable transposition, les notions données à cette occasion : avoir la possession d'état d'enfant légitime, c'est passer pour tel aux yeux du public; c'est réunir un certain nombre de conditions énumérées dans l'article 321 et que la sagesse des nations a condensées dans les trois mots consacrés : *nomen*, *tractatus*, *fama*; c'est porter le nom des parents, c'est avoir été traité par ceux-ci comme leur propre enfant, paternellement et maternellement; c'est enfin avoir été considéré comme tel par tous, soit dans le cercle restreint de la famille, soit dans le cercle élargi de la société.

Les faits constitutifs de la possession d'état se prouvent *par tous les moyens possibles* et notamment par témoins, mais il est indispensable que ces faits soient, sinon ininterrompus, du moins avérés, patents, sans quoi la possession d'état ne serait pas « *constante* », ainsi que l'exige l'article 320; des faits isolés, une sollicitude intermittente de la part des parents ne suffiraient pas; seule, une ligne de conduite déterminée, non équivoque et maintenue sans défaillance, est susceptible de constituer le traitement — *tractatus* — en dehors duquel la possession d'état ne saurait exister. (Paris, 22 nov. 1922, *S.*, 1923, 2, 33, note Demogue.)

1021. Rôle et force de la possession d'état. — La possession d'état a, notamment, la valeur d'un *aveu* de paternité et de maternité à l'égard des parents, puisque ce

sont eux qui, par le traitement dont ils ont fait bénéficier l'enfant, ont tout particulièrement contribué à la constituer; elle est, en effet, leur œuvre, *non pas celle de l'enfant*, et c'est bien pourquoi celui-ci est autorisé à s'en prévaloir, tandis qu'à l'inverse la possession d'état d'époux ne prouve pas, en principe, le mariage, et cela parce qu'elle est l'œuvre des prétendus conjoints à qui on ne saurait reconnaître la facilité de se constituer un titre à eux-mêmes. (*Sup.*, n° 890.)

1022. — Il est fort intéressant de constater que la possession d'état d'enfant légitime puise sa force principale dans un aveu prolongé des parents; il en résulte que cette force sera considérable, sensiblement supérieure à celle de l'acte de naissance lui-même.

1° La possession d'état prouve, non seulement la naissance, mais aussi l'*identité*; à la différence de l'acte de naissance, elle fait d'une pierre deux coups; elle réalise la preuve complète de la filiation maternelle; nul ne saurait prétendre, sans tomber dans l'absurde, que l'état est possédé par un autre que celui qui s'en réclame et qui en a établi l'existence à son profit.

2° Ce n'est pas seulement la filiation maternelle qui se trouve ainsi établie par la possession d'état de l'article 320, *c'est aussi la filiation paternelle;* par hypothèse, l'enfant passe pour l'enfant *légitime* de sa mère (art. 320); c'est donc qu'il est issu des œuvres du mari de celle-ci, sans quoi il n'y aurait pas de filiation légitime et pas de possession d'état au sens de l'article 320; à ce point de vue encore, c'est une preuve complète et *généralisée* qui est obtenue au moyen de la possession d'état.

3° Jusqu'ici, nous avons supposé, avec l'article 320, que la possession d'état ne jouait qu'un rôle subsidiaire, qu'elle suppléait l'acte de naissance absent; mais une autre fonction lui est dévolue par la loi; si elle coexiste et si elle concorde avec l'acte de naissance, elle renforce l'autorité de celui-ci qui, désormais, échappe à toute contestation possible. « *Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre; — et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.* » (Art. 322.) La preuve qui résulte de la conformité du titre et de la possession d'état est ainsi proclamée *irréfragable*. Contrairement à l'opinion de certains civilistes, nous estimons que cette formule doit être prise à la lettre et que l'identité de l'enfant est aussi inattaquable, en pareille occurrence, que le fait de la naissance; nous pensons, en d'autres

termes, que nul ne saurait être admis à établir la non-conformité du titre par rapport à la possession d'état; la loi a établi entre ces deux instruments de preuve, et dans les termes les plus catégoriques, un rapport indissoluble que rien ne saurait rompre. Mais il est bien entendu que tout le système est subordonné à l'existence d'un mariage entre les prétendus parents de l'enfant; ce sont seulement les enfants légitimes qui sont visés par les articles 320 et 322; si le mariage de la mère est contesté, alors que la filiation de l'enfant est constante, la preuve de la légitimité ne peut être faite, du vivant des parents, qu'à l'aide de l'acte de célébration : c'est contre l'action en contestation d'état que l'article 322 institue une fin de non-recevoir, et non contre l'action en contestation de légitimité. (Civ., 12 fév. 1868, *Ref.* S.; Agen, 19 janv. 1864, *D. P.*, 1865, 2, 16; Aix, 11 déc. 1933, *S.*, 1935, 2, 78.)

1023. III. **Preuve par témoins.** — Il peut arriver que l'enfant ne soit à même de produire ni un acte de naissance, ni une possession d'état. Cette éventualité se dédouble :

1° Les registres de l'état civil n'ont pas été tenus régulièrement ou bien ils ont été perdus : alors, l'enfant peut utiliser la disposition exceptionnelle de l'article 46, dont nous avons précédemment expliqué le mécanisme (*Sup.*, n^os^ 292 et suiv.); il bénéficiera d'une liberté absolue dans la production de la preuve qu'il doit fournir; notamment, les témoignages seront directement recevables.

1024. — 2° Les conditions requises pour l'application de l'article 46 ne sont pas réunies : les registres existent et ils ont été tenus régulièrement. Et cependant, l'enfant allègue qu'il est la victime d'une omission ou d'un mensonge : sa naissance n'aurait pas été déclarée, ou bien elle l'aurait été sous de faux noms, ou encore l'acte n'indique pas le nom de la mère, ou enfin l'enfant ignore le lieu de sa naissance.

En pareille occurrence, le législateur admet bien l'enfant à recourir, pour l'établissement de sa filiation légitime maternelle, à la preuve testimoniale, mais non sans défiance; encore faut-il que la prétention du réclamant soit d'abord rendue vraisemblable soit par un *commencement de preuve par écrit*, soit par des *présomptions ou indices*, c'est-à-dire par des éléments de conviction préalables auxquels on applique volontiers le nom d'*adminicules*; dans ce système, les dépositions des témoins ne jouent donc qu'un rôle d'appoint, elles ne remplissent qu'une fonction complémentaire (art. 323).

1025. 1° Adminicule du commencement de preuve par écrit. — En droit commun, l'écrit qui joue ce rôle préparatoire, doit émaner de la personne à qui il est opposé ou de celle qu'elle représente (art. 1347); en matière de filiation, la loi est moins exigeante; elle retient, en effet, *les titres de famille, les registres et papiers domestiques du père ou de la mère, les actes publics et même privés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante* (art. 324). Il n'est donc pas nécessaire que le document écrit émane de l'adversaire de l'enfant au procès : c'est qu'en effet, la question en suspens n'intéresse pas seulement deux personnes déterminées; il y va de l'intérêt d'une famille, et d'ailleurs l'enfant n'a pas pu pressentir à l'avance quel serait son adversaire et il serait excessif de lui imposer la production de pièces émanées de celui, qui d'aventure, se trouve en face de lui dans le procès.

Il suffit donc d'un écrit qui, conformément à l'article 1347, § 2, rende vraisemblable le fait allégué, quelle qu'en soit la provenance et quand bien même il ne porterait pas la signature de son auteur : lettres missives, actes de notoriété, etc.

1026. 2° Adminicule des présomptions et indices. — Le commencement de preuve peut ressortir, non plus d'un écrit, mais d'*indices*, c'est-à-dire de faits, de circonstances d'où se dégagent des présomptions favorables à la prétention de l'enfant dont ils établissent, sinon la justification entière, du moins la vraisemblance : attitude des parents au regard de l'enfant; ressemblance physique; hérédité physiologique; marque du linge que l'enfant portait lors de l'abandon dont il fut victime.

Deux conditions sont exigées par la loi pour que les indices donnent accès à la preuve testimoniale (art. 323, § 2).

a) Les faits indiciaux doivent être *constants*, c'est-à-dire certains, avérés; il ne saurait être question, pour en établir la réalité, d'ordonner une enquête, car alors on restituerait à la preuve testimoniale le rôle de premier plan que le législateur lui a refusé en la faisant précéder, en toute occurrence, d'un adminicule;

b) La présomption qui se dégage des faits indiciaux doit être *grave* : il ne suffirait pas, par exemple, d'établir que la mère prétendue est accouchée à la date de la naissance de l'enfant; cette particularité n'est pas même susceptible de donner un air de vraisemblance à l'état réclamé par l'enfant. (Paris, 8 fév. 1899, sous req. 12 juill. 1900, *D. P.* 1900, 1, 461, *S.* 1901, 1, 94.)

Il peut advenir qu'à l'inverse des faits allégués soient tellement décisifs qu'ils fassent une lumière complète; en ce cas, le tribunal n'est nullement obligé d'ordonner une enquête qui ne serait plus qu'un luxe inutile et coûteux; il peut rendre sa décision *de plano* sur les seuls indices. (Rouen, 14 mars 1877, *D. P.* 1877, 2, 193.)

Il y a donc lieu de répartir les indices, suivant leur force probante, dans trois catégories : les uns trop faibles et trop inconsistants pour jouer même le rôle secondaire d'adminicules; les autres qui rendent recevable la preuve testimoniale; une troisième catégorie enfin qui, par sa puissance probatoire, rend l'enquête superflue et suffit à étayer la décision du juge.

II. Actions relatives à la filiation légitime maternelle

1027. Détermination du sujet. — Ce n'est pas toujours que la filiation maternelle légitime peut donner matière à contentieux; il faut exclure le cas où l'enfant a une possession d'état conforme à son acte de naissance; alors, l'article 322 interdit tout litige, toute contestation, toute réclamation ayant trait à la détermination de la maternité légitime.

Mais les tribunaux pourront être saisis dans les cas suivants :

1° L'enfant n'a ni titre ni possession d'état;

2° Il a une possession d'état qui n'est appuyée par aucun titre; il lui est permis d'en alléguer et d'en prouver la fausseté;

3° A l'inverse, il est pourvu d'un titre, mais non d'une possession d'état : il peut prétendre avoir été inscrit sur les registres sous de faux noms;

4° Enfin, il a bien un titre et une possession d'état, mais qui sont contradictoires; en pareille occurrence, *provision est due au titre*; mais l'enfant est admis à établir que celui-ci est mensonger; il peut s'insurger contre lui, voire même aussi contre sa possession d'état, en alléguant que ses véritables auteurs ne sont révélés ni par l'acte de naissance ni par la possession d'état, laquelle, lorsqu'elle existe isolément, n'est nullement péremptoire.

1028. Terminologie. — Les actions qui ont trait à la détermination de la filiation maternelle légitime sont l'*action en réclamation d'état* et l'*action en contestation d'état*; la première est exercée *par l'enfant* ou ses représentants; elle tend à faire reconnaître officiellement sa véritable filiation;

la deuxième est intentée *contre l'enfant* par des personnes qui prétendent lui enlever le bénéfice de la filiation telle qu'elle résulte pour lui du titre ou de la possession d'état.

Ces deux actions ne doivent être confondues ni avec l'action tendant *uniquement* à définir l'*identité de l'enfant*, ni avec l'action en *rectification des actes de l'état civil* : la première ne comporte pas les limitations de preuve que nous avons étudiées; la deuxième est soumise à des règles spéciales (Civ. 26 oct. 1927, *D. P.* 1928, 1, 65, note Rouast.)

1029. Compétence. — Aux termes de l'article 326, « *les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état* » : c'est un monopole exclusif qui est ainsi concédé, en pareille matière, à la juridiction de droit commun, c'est-à-dire aux *tribunaux civils* et aux *cours d'appel*, à l'exclusion de tous autres juges : tribunaux de commerce, justices de paix, cours d'assises, tribunaux correctionnels. Cette exclusivité se justifie : d'une part, la filiation soulève des questions de droit fort délicates et fort subtiles qui ne sauraient être abordées que par des spécialistes du droit civil; d'autre part, ces questions intéressent grandement l'honneur et le repos des familles; il ne faut pas qu'elles puissent être soulevées d'autorité, d'office, par le ministère public contre le gré du groupe qu'elles concernent; l'initiative doit venir des intéressés ou de l'un d'eux, non d'un fonctionnaire agissant au nom de la société et dans l'intérêt public qui, dans l'espèce, passe au second plan et est primé par l'intérêt familial.

1030. Question préjudicielle. — En conséquence du principe de l'exclusivité posé dans l'article 326, l'article 327 décide que : « *L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état* »; ce qui équivaut, non pas à exproprier les juridictions répressives de la connaissance du délit de suppression d'état (Voy. l'art. 345 C. pén.), mais à donner le pas au procès civil sur le procès criminel, à reconnaître à la question de filiation la valeur d'une *question préjudicielle* : c'est par elle qu'il faudra commencer, et c'est seulement lorsqu'elle aura reçu une solution que la poursuite criminelle pourra suivre son cours; par exception et par un renversement de la vérité juridique courante, *c'est le civil qui tient ici le criminel en état.*

La dérogation ainsi apportée au droit commun est grave : le ministère public se voit dépouillé du libre exercice de l'action publique, tel que le lui confère l'article 1er du Code

d'instruction criminelle; il devra, pour faire valoir les droits de la société, attendre que les particuliers intéressés aient obtenu du tribunal la solution du problème de la filiation.

Plus grave est la dérogation et plus stricte doit être l'interprétation du texte qui l'établit : c'est seulement s'il y a eu *suppression d'état de l'enfant* que le civil aura le pas sur le criminel; il s'agit là d'une infraction générique que le code pénal ne consacre pas sous cette appellation et à laquelle correspondent toute une série de crimes ou de délits : faux en écriture, destruction des registres de l'état civil, et surtout les infractions prévues dans l'article 345 C. pén. : recel, suppression, substitution, supposition d'enfant.

Au contraire, les dispositions des articles 326 et 327 ne seraient plus applicables et le civil ne tiendrait plus le criminel en état, d'abord si la suppression concernait un état autre que celui d'un enfant, et, par exemple, celui des époux; mais aussi si la question de filiation n'était évoquée devant la juridiction répressive que d'une manière incidente et à l'occasion d'une infraction autre que celle de suppression d'état d'enfant légitime : c'est ainsi qu'une juridiction répressive est compétente pour examiner la difficulté soulevée par un accusé qui, poursuivi pour crime de parricide, nie qu'il soit l'enfant de la victime; la cour d'assises pourra apprécier la valeur de ce moyen de défense; mais sa décision ne vaudra d'ailleurs que pour l'affaire et n'aura pas l'autorité de la chose jugée au point de vue civil (Crim. 6 mars 1879, *S.* 1879, 1, 189, *D. P.*, 1879, 1, 316). Cette dernière réserve est d'autant plus nécessaire que les juridictions répressives ne sont pas soumises aux règles de preuve établies par le Code civil pour la détermination de la filiation légitime et que la conviction de leurs membres peut se former par tous les moyens possibles.

1031. Qui peut agir. — Nous voyons ici s'opposer l'une à l'autre les actions en *réclamation* et en *contestation* d'état : alors que cette dernière est ouverte à toute personne ayant un intérêt, moral ou pécuniaire, à contester la filiation de l'enfant, l'action en réclamation d'état est strictement réservée, en principe, à l'enfant lui-même et à ses représentants légaux, père, mère ou tuteur; elle présente le caractère d'une action étroitement attachée à la personne; elle est refusée et aux *créanciers* de l'enfant qui ne sauraient agir, en cette éventualité, du chef et au nom de leur débiteur (art. 1166 *in fine*), et même, en thèse générale, à ses *héritiers*, voire à ses propres enfants (art. 329); par cette décision

rigoureuse, le législateur a voulu clore des controverses qu'il serait périlleux de raviver après un long temps, de génération en génération.

Exceptionnellement, l'action est attribuée aux héritiers, dans les deux cas suivants :

1° L'enfant est décédé étant encore mineur, ou dans les *cinq années* qui ont suivi sa majorité : le législateur, considérant que sa jeunesse l'a empêché d'agir, permet à ses héritiers d'agir à sa place (art. 329) ;

2° *L'instance avait été engagée par l'enfant* qui est décédé avant qu'une solution fût intervenue; il avait ainsi manifesté son intention d'obtenir justice; ses héritiers pourront continuer l'instance engagée, *quel que fût son âge lors du décès*, mais à la condition qu'il ne se fût pas désisté de l'instance, soit expressément, soit en laissant passer trois années sans poursuites à compter du dernier acte de procédure. Ces dernières réserves ne sont que l'application du droit commun : l'action prend fin par la renonciation de celui qui l'a intentée et aussi par la *péremption* de l'instance à la suite de la discontinuation des poursuites pendant trois années (C. pr., art. 397).

1032. Caractères des actions relatives à la filiation légitime maternelle.

1° Nous venons de voir que l'action en réclamation d'état est strictement *attachée* à la personne de l'enfant, mais qu'il en va autrement de l'action en contestation;

2° L'article 328 proclame le caractère *imprescriptible* de l'action en réclamation d'état, *à l'égard de l'enfant*. Il semble donc qu'il en aille autrement à *l'égard de ses héritiers*; dans les cas exceptionnels où ceux-ci peuvent agir, ils doivent le faire dans les *trente années* qui suivent le décès du principal intéressé, sinon la prescription de droit commun aurait accompli son œuvre (art. 2262).

La loi ne dit rien, à ce sujet, de l'action en contestation d'état, et ce silence soulève une question embarrassante : si l'on interprète l'article 328 *a contrario*, on est conduit à soumettre cette action à la prescription du droit commun, donc à décider qu'elle s'éteint après *trente années*; vainement objecterait-on que l'état des personnes est imprescriptible; le législateur a voulu éviter que cet état pût être mis indéfiniment en question; et d'ailleurs il nous paraît difficile de traiter les adversaires de l'enfant mieux que ses héritiers, lesquels, nous venons de le voir, sont menacés par la prescription trentenaire;

3° Toutes les actions d'état, par cela même qu'elles sont

hors du commerce, répugnent à une *transaction* : l'état des personnes ne saurait être subordonné à une convention.

1033. Administration de la preuve.
1° Lorsque l'enfant ou son représentant ou, dans des cas exceptionnels, ses héritiers, agissent en *réclamation d'état*, ils doivent se conformer aux règles de preuve que nous avons précédemment décrites et sur lesquelles nous ne revenons pas (*Sup.* n^os^ 1018 et suiv.) ; nous rappelons seulement que, dans le cas d'inexistence ou de perte des registres, le demandeur bénéficie du régime libéral institué par l'article 46.

Quant au défendeur à l'action, il bénéficie, *dans tous les cas et abstraction faite du système de l'article* 46, d'une liberté complète en matière de preuve; aux termes de l'article 325 : « *La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.* » Mais ce texte comporte l'interprétation étroite; il est sans application du moment que l'action intentée n'est pas une action en réclamation d'état, et, par exemple, si elle présente la nature d'une action en rectification d'un acte de l'état civil (Civ. 26 octobre 1927, *D. P.* 1928, 1, 65 note Rouast).

1034. — 2° Ce même texte est également sans application à l'action en *contestation d'état* : le demandeur à une telle action doit administrer la preuve en se conformant aux règles édictées dans les articles 319 et suivants et sans pouvoir prétendre à l'entière liberté réservée par l'article 325 au seul *défendeur* à une action en *réclamation d'état* (Comp. req., 22 août 1861, *D. P.*, 1862, 1, 115 et la note précitée de M. Rouast).

1035. Autorité relative ou absolue des décisions judiciaires intervenues sur les actions en réclamation ou en contestation d'état. — Nous examinerons le problème, sous formee générale, pour toutes les questions relatives à la filiation (*inf.*, n^os^ 1312 et suiv.).

§ II. — DÉTERMINATION ET PREUVE DE LA FILIATION LÉGITIME PATERNELLE

1036. Principe directeur. — La paternité, fait obscur, ne comporte pas une preuve directe et absolue; le législateur a tourné la difficulté au moyen d'une *présomption légale* qui est établie dans l'article 312, § 1, aux termes duquel :

« *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.* » De ce fait connu, la conception au cours du mariage et par une femme mariée, la loi conclut à ce fait inconnu et indémontrable : la paternité du mari de cette femme; c'est le calcul des probabilités qui supplée, en pareille occurrence, le calcul exact; la loi tient pour vrai ce qui est éminemment vraisemblable; par là, non seulement elle met fin à une difficulté qui ne saurait être résolue par aucun autre moyen, mais elle rend en même temps au mariage, institution fondamentale, un hommage nécessaire à sa solidité; le mariage, plus que toute autre institution, est à base de confiance réciproque : la fidélité de la femme doit revêtir la valeur d'un dogme juridique; on doit présumer que la mère n'avait pas trahi ses devoirs d'épouse : c'est là, pour la communauté sociale, une présomption vitale.

C'est autour de cette présomption légale de paternité que gravite tout le problème de la détermination de la paternité légitime : « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » disaient déjà les jurisconsultes romains; c'est cette sentence, traduite et modernisée par les rédacteurs du Code civil, que nous allons étudier, en recherchant :

1° *Quels enfants* elle vise et elle protège;

2° Quelle en est l'*autorité* et la *force* : la présomption établie dans l'article 312 est-elle absolue et irréfragable? Ou bien ne cède-t-elle pas, dans certains cas, devant l'évidence contraire?

I. Enfants protégés par la présomption de paternité

1037. Position du problème. — Il ne suffit pas de décréter que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; ce postulat ne fait que déplacer la difficulté, car encore faut-il déterminer si l'enfant dont l'état est en question a été conçu pendant le mariage. Va-t-on, pour élucider cet autre point obscur, s'en référer aux lumières de l'homme de l'art? Mais la complication serait extrême, et, d'ailleurs, dans l'état actuel de la science, il ne paraît pas possible de déterminer à coup sûr le jour fatidique; mieux vaut, ici encore, se contenter d'un à peu près et sacrifier la rigueur scientifique à la praticabilité du droit. C'est ce que fait le Code civil en doublant la présomption de paternité d'une autre présomption relative à la durée de la grossesse.

1038. Durée légale de la grossesse. — Il résulte de la disposition de l'article 312, § 2, que la durée d'une grossesse est susceptible de varier, aux yeux du législateur, de

180 à 300 jours; la plus courte gestation est considérée comme étant de 180 jours, et les plus longues comme ne dépassant pas 300 jours. Ce point de départ admis — et il cadre assez bien avec les données de la gynécologie — il en résulte que tout enfant qui naîtra au moins 180 jours après la célébration du mariage et avant l'expiration du 300e jour qui suit la dissolution, sera considéré comme conçu au cours du mariage et, par conséquent, comme ayant pour père le mari de sa mère; il suffit que sa conception puisse être localisée à un point quelconque de la marge de cent vingt jours comprise entre les deux chiffres extrêmes, pour qu'elle soit placée sous le signe du mariage et, par conséquent, sous celui de la légitimité. Nous en revenons ainsi à cette constatation déjà faite que le moment à prendre à considération et qui est décisif, est, non point celui de la naissance, mais bien celui de la conception, tel que la loi le détermine approximativement à l'aide d'une présomption élastique basée sur les durées extrêmes de la gestation.

Principe. — Nous aboutissons donc à cette conclusion que la présomption de paternité du mari bénéficie à tous les enfants conçus pendant le mariage et qu'elle ne profite qu'à ceux-là, étant entendu que, pour savoir si la conception se place au cours du mariage, on doit utiliser les points de repère fournis par l'article 312, § 2, eu égard aux durées extrêmes de la gestation.

1039. Dérogations. — Ce principe comporte cependant d'importantes dérogations, d'ailleurs *plus ou moins effectives*, et dans un double sens : d'une part, il est des enfants qui, bien que conçus hors du mariage, bénéficient ou semblent bénéficier de la présomption de paternité; tandis qu'à l'inverse il est des enfants qui, encore que leur conception se situe au cours du mariage, ne sont certainement pas couverts par ladite présomption.

I. **Enfants conçus hors mariage qui bénéficient ou semblent bénéficier de la présomption de paternité.** — Dans cette première direction, la dérogation au principe est double :

1° **Enfant conçu avant le mariage,** c'est-à-dire né moins de 180 jours après la célébration. Cet enfant n'est point réputé légitime *si sa naissance se produit antérieurement au mariage*; il ne sera pas présumé avoir pour père le mari; dans cette mesure, c'est donc le principe qui s'applique exactement.

Mais il en va autrement *si la naissance ne se produit qu'après la célébration* du mariage; alors, il résulte de l'article 314 que la maxime *pater is est...* sera secourable à l'enfant qui sera donc présumé avoir pour père le mari; présomption fort raisonnable : l'homme qui épouse une femme en état de grossesse doit être au courant de la situation, et c'est sans doute à raison de cette situation même, et afin de la régulariser, qu'il consent au mariage. Seulement, on peut soutenir qu'en une telle occurrence l'enfant n'est pas à vrai dire un enfant *légitime*, puisqu'il a été conçu par des parents non mariés, mais un *enfant légitimé*, et alors la dérogation à l'article 312 deviendrait plus apparente que réelle; le législateur a considéré que la conclusion du mariage entre les parents équivaut à une *reconnaissance tacite* de l'enfant déjà conçu, lequel se trouve ainsi légitimé par le mariage subséquent de ses auteurs; or, on sait déjà et c'est un point sur lequel nous reviendrons, que la légitimation a lieu sans rétroactivité, en sorte que l'assimilation de l'enfant légitimé avec l'enfant légitime, exacte et entière pour l'avenir, ne l'est point pour le passé (*inf.*, n° 1293).

Cependant la Cour de cassation, adoptant un autre point de vue, estime que le législateur, en édictant la règle bienveillante contenue dans l'article 314, s'est préoccupé avant tout « de sauvegarder par une fiction légale la dignité du mariage et l'unité de la famille », et d'éviter qu'entre enfants, nés au même foyer, des distinctions soient établies à raison de la date de la conception (Civ. 8 janv. 1930, *S.*, 1930, 1, 257, note Gény). Cette raison profonde, que la jurisprudence place à la base de l'article 314, conduit à lire dans cette disposition, non plus une fiction de légitimation, mais bien une *fiction de légitimité* : l'enfant, conçu avant le mariage, mais né après la célébration, est protégé par la règle *Pater is est...*, par une fiction de légitimité (v. dans le même sens, Civ. 4 janv. 1935, *sol. impl. D. P.* 1935, 1, 5, note Rouast), et notamment, il a droit, en cas d'accident du travail survenu à son père, postérieurement à la conception, à la rente fixée par la loi du 9 avril 1898, art. 3, § 5, al. *b*, alors même que le mariage des parents n'aurait été célébré que postérieurement à l'accident (Civ. 2 juill. 1936, *D. P.* 1936, 1, 118). On aboutit à ce résultat par la combinaison des deux idées suivantes : d'une part, l'enfant naît légitime, et non pas seulement légitimé; d'autre part, il est à considérer comme né, aussitôt que conçu, du moment que cette fiction sert ses intérêts.

D'ailleurs, et afin de parer aux surprises, la loi réserve au mari la faculté de décliner très aisément une paternité inat-

tendue, qui ne serait pas la sienne : la présomption de paternité de l'article 314 est moins forte que celle qui fonctionne au profit de l'enfant conçu dans le mariage (*inf.*, n° 1045).

1040. 2° Enfant conçu après la dissolution du mariage. — C'est-à-dire né plus de 300 jours après cette dissolution. Logiquement, cet enfant ne devrait être aucunement couvert par la présomption de paternité et serait à considérer comme naturel *de plano* : comment admettre qu'une femme, veuve ou divorcée, puisse infliger à son ex-mari ou à sa mémoire la paternité d'un enfant né un an ou davantage après la rupture du mariage par le divorce ou par le prédécès de l'époux? C'est cependant cette solution invraisemblable qui paraît avoir été consacrée par le législateur dans l'article 315 aux termes duquel « *La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée* ». Il semble résulter de cette formule qu'en l'absence de toute contestation, l'enfant aura et conservera le bénéfice d'une légitimité vraiment paradoxale et qu'il y aura présomption de paternité légitime là où il n'y a plus ni mariage ni mari.

Tel n'est pas cependant le sens que l'on s'accorde à attribuer à l'article 315; dans l'opinion communément admise, l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage est réputé conçu entre gens non mariés; la présomption établie dans le *second paragraphe* de l'article 312 est parfaitement respectée. Seulement, il n'en va pas tout à fait de même de celle qui est écrite dans le *premier alinéa* du même texte; sans doute, l'enfant peut être déclaré illégitime, mais il ne l'est pas de plein droit, *de plano*; encore faut-il que cette illégitimité ait été proclamée judiciairement, et elle le sera sur *une action en contestation de légitimité* que l'article 315 accorde sans restriction et qui pourra être intentée par *tout intéressé* et à un moment quelconque, *sans limitation de délai* (*inf.* n° 1070). Ce n'est plus de désaveu qu'il s'agit alors; on ne désavoue pas un enfant dont la conception même est posthume; on fait constater par le tribunal ce caractère posthume; l'enfant n'est pas illégitime de plein droit, mais un jugement le dépouillera de la légitimité à laquelle il prétendrait à tort; jusque-là, il se trouve dans une situation mal définie, instable et précaire; il jouit pour l'instant des avantages dont il se trouve en possession, par suite d'une provision prolongée, continuée, que le législateur accorde au titre, c'est-à-dire au mariage; sa légitimité n'est *qu'apparente*, encore qu'elle soit impliquée par l'article 315, et il suffira d'un jugement pour la dissiper, pour substituer à l'apparence la réalité définitive (Comp. Angers,

9 mars 1926, *D. H.*, 1926, 258) ; mais, en attendant, elle devra être prise en considération, et, par exemple, elle fera obstacle à ce que la mère engage une action en recherche de la paternité contre le véritable père de l'enfant posthume, alors que cet enfant n'a pas été désavoué et que, d'autre part, sa légitimité n'a pas été contestée (Trib. civ. Poitiers, 30 oct. 1934, *Rev. trim.* 1935, p. 123).

Pratiquement, le système étrange institué par l'article 315 procède de la préoccupation de conjurer un scandale inutile, alors que nul ne prend l'initiative de le déclencher officiellement, judiciairement : *quieta non movere*, telle paraît avoir été ici la devise du législateur (*Sic*, LAGARDE, *Chronique* dans *Rev. trim.* 1935, p. 124).

On peut conclure qu'ici encore, la dérogation à la règle que seul l'enfant conçu pendant le mariage est couvert par la présomption de paternité, est donc bien plus apparente qu'effective.

1041. II. Enfants conçus pendant le mariage qui ne sont pas couverts par la présomption de paternité. — Il s'agit alors de dérogations très effectives à la règle que nous venons d'évoquer :

1° La présomption de paternité persiste, encore qu'affaiblie, nous le verrons (*inf.*, n° 1047), même au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps engagée entre les époux (art. 313). L'enfant conçu pendant cette période d'isolement (la femme a dû obtenir la permission d'avoir une résidence séparée) est présumé avoir pour père le mari à qui la loi se contente de donner des facilités particulières de désaveu (même texte, *inf.*, n° 1047).

Toutefois, il en va autrement si, par la suite, la mère s'est remariée et a légitimé ledit enfant par application de l'article 331 nouvelle rédaction, qui admet la légitimation des enfants adultérins : alors, la paternité du second mari se substitue à celle du premier. L'enfant conçu au cours de l'instance se trouve donc dans une situation singulière : provisoirement, il est attribué au premier mari dont la paternité est, en quelque sorte, affectée d'une condition résolutoire : le remariage de la mère accompagné de la légitimation de l'enfant conçu au cours de la période de transition (art. 313 modif. par les lois du 18 avril 1886, du 30 déc. 1915 et du 13 fév. 1933; *inf.*, n^{os} 1286 et 1287) ;

2° Il est admis que la présomption de paternité est neutralisée pendant l'*absence* du mari et aussi longtemps que l'incertitude plane sur son existence; en effet : 1° c'est à celui qui invoque un état qu'il incombe d'en prouver l'exis-

tence; or, l'enfant se trouve, par hypothèse, dans l'impossibilité d'établir que le mariage de ses parents existait encore lors de sa conception, c'est-à-dire que son père était vivant à cette époque; 2° l'article 120 accorde le droit de se faire envoyer en possession des biens de l'absent à ceux qui étaient ses *héritiers présomptifs, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles*, c'est-à-dire à un moment où l'enfant dont il s'agit n'était pas encore conçu; cet enfant, ainsi exclu de l'envoi en possession, c'est-à-dire, en somme, de la succession de l'absent, est donc considéré par la loi comme étranger à la famille de celui-ci; c'est donc qu'il n'est pas couvert par la présomption de paternité de l'article 312.

1042. Conflits de paternité. — Il peut arriver qu'un enfant se rattache, par le jeu des diverses présomptions et règles légales, à plusieurs pères possibles; cette abondance de filiation paternelle soulève de graves difficultés; elle est susceptible de se manifester notamment dans les cas suivants :

1° Une femme, veuve ou divorcée, se remarie avant l'expiration du délai de viduité, lequel constituait un empêchement simplement prohibitif (*sup.*, n° 791); un enfant naît moins de 300 jours après la dissolution du premier mariage et plus de 180 jours après la célébration du deuxième; il est alors susceptible d'être attribué aussi bien au deuxième mari qu'au premier, et par application du même texte, des mêmes présomptions de l'article 312. C'est au tribunal qu'il appartiendra de prononcer ce nouveau jugement de Salomon, de choisir entre les deux candidats à la paternité, munis de titres égaux aux yeux de la loi;

2° On peut même supposer que la femme divorcée a respecté le délai de viduité, qu'elle s'est remariée, comme elle en a le droit, 300 jours après l'ordonnance prévue à l'article 236 (art. 296 nouv. rédact.); si elle met au monde un enfant moins de 300 jours après le divorce, cet enfant sera rattaché au premier mari par les articles 312 et 313, au deuxième par l'article 314, du moins à supposer qu'il n'ait pas été l'objet d'une reconnaissance et d'une légitimation au moment du second mariage et qu'on ne se trouve donc pas dans le cas prévu par l'article 313, § 2, *in fine* (*sup.*, n° 1041);

3° Le conflit est également possible entre une paternité *légitime et une paternité naturelle* : on peut supposer ou bien que l'enfant mis au monde avant le 180e jour du mariage et non désavoué par le mari a été reconnu cependant par un autre que le mari, ou bien qu'un enfant né plus

de 180 et moins de 300 jours après la dissolution du mariage a été également reconnu par un tiers, en suite des relations extra-conjugales que celui-ci prétend avoir eues avec la mère devenue veuve.

Nous signalons, à titre documentaire et en tant que curiosités juridiques, ces conflits nés de l'imperfection et de l'incohérence d'un régime décousu, de plus en plus tolérant pour l'adultère et de plus en plus favorable au remariage rapide de la femme veuve ou divorcée; c'est au tribunal qu'il appartient de sortir de l'impasse en s'inspirant, autant que possible, de l'équité et des circonstances de la cause.

II. Force et autorité de la présomption

Le désaveu de paternité

1043. Généralités. — Si puissante que soit la présomption de paternité du mari de la mère, il est des cas où elle se heurte à des probabilités contraires, voire même à un démenti formel que lui infligent les faits et contre lequel elle vient se briser : la fiction, plausible en elle-même et pour l'immense majorité des cas, doit alors tomber devant la réalité contraire; l'enfant doit pouvoir être désavoué :

1° *Désavouer* un enfant, c'est, au sens juridique du mot, faire tomber la présomption de paternité dont il était jusque-là couvert en vertu de l'article 312; c'est écarter, dans un cas particulier, la maxime *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Le désaveu ne peut dont concerner qu'une catégorie d'enfants, à savoir ceux qui sont couverts par ladite maxime, dans les termes que nous avons fixés précédemment, soit qu'ils aient été conçus au cours du mariage, soit que, conçus antérieurement, ils soient nés après la célébration.

Mais cette condition primordiale ne suffit pas pour que l'enfant soit susceptible d'être désavoué par le mari; il faut encore :

2° Que l'enfant soit né *viable* (art. 314, *in fine*); l'enfant qui naît sans avoir l'aptitude à la vie est considéré comme n'ayant jamais existé (*sup.*, n° 185); le désavouer serait provoquer un scandale gratuit; ce serait jeter le déshonneur sur la mère, sans profit tangible pour quiconque. Il faut conclure de là qu'en enfant simplement conçu ne saurait être désavoué puisqu'on ne sait pas s'il naîtra viable, ni même s'il naîtra vivant;

3° Que la filiation maternelle de l'enfant résulte de l'*acte de naissance*; cette condition n'est pas formulée dans un texte de loi, mais elle est pratiquement certaine. Si l'enfant

n'a pas un titre à produire contre le mari, si sa filiation maternelle doit être établie judiciairement, le mari est sans intérêt, semble-t-il, à prendre les devants et à décliner une paternité dérivant d'une maternité elle-même incertaine et problématique; ici encore, le scandale causé par l'instance en désaveu serait inutile et sans excuse. (V. cependant *inf.*, n^os^ 1054 et s., pour le cas de désaveu sur preuve de non-paternité administrée librement.)

Plan. — Le sujet étant ainsi délimité, nous étudierons :

1° Les *cas de désaveu;*

2° La *réalisation judiciaire du désaveu.*

1044. I. **Cas de désaveu.** — Les actes de désaveu sont à classer dans trois catégories, suivant la situation qui est faite au demandeur et d'après le fardeau probatoire qui lui est imposé :

1° Parfois, ce fardeau est inexistant; le mari se contente de déclarer que l'enfant n'est pas le sien : c'est le désaveu par *dénégation*, ou par *simple déclaration*, ou *péremptoire;*

2° En général, au contraire, le demandeur en désaveu doit administrer une preuve difficile, portant sur des *faits déterminés* : c'est le désaveu normal, *sur preuve limitée;*

3° Enfin, il est un cas particulier où le mari doit bien administrer une preuve, mais où toute liberté lui est laissée pour y parvenir : c'est celui qui est visé dans l'article 325; le désaveu mérite alors le nom de *désaveu sur preuve libre.*

1045. A. **Désaveu par simple dénégation.** — Il existe deux éventualités dans lesquelles le mari est admis à décliner d'un mot sa paternité, par simple déclaration, sans avoir à fournir la preuve de son allégation, de sa négation : c'est d'abord celle où l'enfant est né moins de 180 jours après la célébration; c'est ensuite celle où il a été conçu au cours d'une période de séparation légale des époux.

1° *Enfant né moins de 180 jours après la célébration.* —, Cet enfant a, par définition même, été conçu antérieurement au mariage (art. 312, § 2); s'il n'est pas considéré comme illégitime, c'est seulement parce que la loi veut assurer l'unité du foyer et l'égalité entre les enfants, et parce que, dans ce but, elle établit une fiction de légitimité ou de légitimation (*sup.*, n° 1039). Mais, comme il peut advenir que le mari ait été trompé par sa fiancée, laquelle était peut-être enceinte des œuvres d'un tiers, on lui permet de décliner sa paternité en se réclamant uniquement de la précocité de la naissance; dans sa dénégation, il est cru sur parole

(art. 314) ; d'un mot, il lui est loisible de ruiner la fiction pour lui substituer la réalité.

1046. — Cependant, la confiance placée en lui disparaît dans deux ordres de conjonctures où les faits infligent un démenti à sa déclaration et permettent de lui opposer une fin de non-recevoir (art. 314).

a) Il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; alors, il se considérait comme le père de l'enfant, sans quoi sa conduite serait inexplicable ou d'un cynisme qui ne mérite aucun égard; il a accepté les risques de l'opération; on les laissera à son compte, définitivement, sans qu'il lui soit possible de s'y soustraire par un repentir tardif, singulièrement suspect (art. 314 — 1°; Req., 29 mai 1927, *D. H.*, 1928, 334) ;

b) Le mari a reconnu sa paternité; il a donc *avoué*; comment lui serait-il loisible, par la suite, de *désavouer*? A vrai dire, l'article 314 ne prévoit qu'un mode d'aveu, à savoir l'assistance du mari à l'acte de naissance, jointe à sa signature ou à sa déclaration qu'il ne sait signer. Mais il est admis constamment que cette formule n'est pas limitative et qu'elle donne simplement un exemple; il est bien certain que si le mari offre un dîner de famille à l'occasion de la naissance ou du baptême, ou bien s'il envoie des faire-part à ses amis et connaissances, il avoue par cela même une paternité dont il lui sera interdit de se libérer par la suite. C'est le tribunal qui appréciera et qui interprétera des faits de ce genre.

1047. 2° *Enfant conçu au cours d'une séparation légale des époux.* — L'éventualité est prévue dans l'article 313, texte plusieurs fois remanié et dont il faut connaître les avatars. 1. Dans le système du *Code civil*, l'enfant conçu au cours de l'instance en séparation de corps ou en divorce et après l'ordonnance ayant autorisé la femme à avoir une résidence séparée, était traité ainsi que s'il avait été conçu en temps normal; la présomption de paternité conservait toute sa force et continuait à jouer pleinement *même après la séparation de corps judiciairement prononcée*; la femme pouvait ainsi donner à son mari, avec lequel elle avait cessé de cohabiter depuis des années, une descendance qu'il n'était à même de décliner qu'en recourant à la procédure de désaveu de droit commun, à preuve limitée. Il y avait là un scandale et une absurdité qui subsistèrent pendant longtemps et ne furent atténués que vers le milieu du XIX^e^ siècle. 2. En effet, une *loi du 6 décembre 1850* créa enfin un second cas de désaveu péremptoire par simple dénégation (§ 2, de

l'art. 313, ajouté par cette loi). Le mari put désormais désavouer *ad nutum*, par simple déclaration, d'abord l'enfant dont la conception est postérieure à la séparation de corps, mais aussi celui qui a été conçu plus de 300 jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé; en effet, à partir de ce moment, commence une sorte de *période suspecte* au cours de laquelle la présomption de paternité, que le législateur de 1850 a voulu laissé subsister par respect pour le principe de la persistance du mariage, devient assez peu plausible; elle cadre mal avec la réalité de la situation nouvelle faite aux époux, et il n'est que juste de permettre au mari de l'écarter d'un geste; à une condition cependant : c'est qu'il n'y ait pas eu *réunion de fait* entre les époux; cette réunion, *dont la preuve incomberait à l'enfant*, constituerait une *fin de non-recevoir* au désaveu formulé par le mari (art. 313 *in fine*).

1048. Instance en divorce. — 3. La loi du 6 décembre 1850 ne s'était occupée que de la séparation de corps, à l'exclusion du divorce, aboli en 1816; lorsqu'il fut rétabli, en 1884, on fut amené logiquement à donner à la disposition du deuxième alinéa de l'article 313 une plus grande ampleur, et tel fut l'objet d'une autre loi du 18 avril 1886 qui modifia à nouveau ce texte; désormais, l'enfant conçu au cours de l'instance en divorce peut, comme celui dont l'origine se situe pendant la procédure de séparation de corps, être désavoué d'autorité par le mari, et dans les mêmes conditions; quant à celui qui est né plus de trois cents jours après le jugement de divorce, il n'est même plus à désavouer, puisqu'il n'est plus couvert par la présomption de paternité, laquelle a pris fin avec le mariage; ceci, réserve faite cependant de la disposition de l'article 315 dont nous avons tenté de préciser le sens (*sup.* n° 1040).

1049. La loi du 19 février 1933. — 4. Le système élaboré par les lois du 6 décembre 1850 et du 18 avril 1886 prenait pour base l'ordonnance par laquelle le président du tribunal autorise la femme, au début de l'instance, à avoir une résidence séparée. Or, il peut advenir, très exceptionnellement sans doute, qu'une telle décision ne soit pas prise : dans l'ordonnance de non-conciliation, le président a commis un oubli à ce sujet, ou bien la crise du logement rendait trop malaisée, sinon impossible, la séparation des résidences (v. Req. 13 nov. 1928, *D. H.* 1928, 590). Alors, les termes de l'article 313, ancienne rédaction, n'étaient plus satisfaits, et l'on décidait généralement que l'enfant, conçu

au cours de cette période de transition et avant le jugement de séparation ou de divorce, ne pouvait être désavoué que dans les termes du droit commun (v. cependant *contra*, Aix, 13 fév. 1908, S. 1909, 2, 181, note NAQUET).

La solution était évidemment fâcheuse; en vue d'y mettre fin, le législateur est intervenu une fois de plus : une loi du 19 février 1933 a remanié à nouveau la teneur du deuxième paragraphe de l'article 313; désormais, ce texte vise, non plus la décision autorisant la femme à avoir une résidence séparée, mais bien « *l'ordonnance prévue aux articles 236 du présent code et 878 du code de procédure civile...* »; c'est donc, en réalité, l'ordonnance initiale de l'article 236, par laquelle le président donne au requérant l'autorisation de citer son conjoint en conciliation devant lui, qui est prise en considération et qui fait courir désormais le délai de trois cents jours.

1050. Fin de la période de séparation légale. — La séparation légitime des époux, consacrée normalement par l'ordonnance initiale de résidence séparée, prend fin : 1. Par le jugement de séparation de corps ou de divorce; 2. Par le rejet de la demande; 3. Par la réconciliation des époux; 4. Par la péremption de l'instance. Dans les trois premiers cas, la période de séparation légale a été close aussitôt après la décision *définitive* de rejet, la réconciliation ou la péremption d'instance, en sorte que l'enfant qui naît plus de 180 jours après ces événements est couvert par la présomption de paternité dans les termes du droit commun et qu'il ne saurait donc être désavoué par voie de simple dénégation (art. 313, § 2).

Mais si l'instance aboutit à une séparation de corps ou à un divorce, le régime d'isolement devient un régime stable et permanent. Toutefois, il convient de distinguer selon que c'est la séparation de corps ou bien le divorce qui est prononcé. 1. Si c'est la *séparation de corps*, d'une part la période suspecte se continue, la facilité de désaveu se prolonge, en principe, indéfiniment, au profit du mari; d'autre part, cette facilité prend fin, exceptionnellement, par la réconciliation des époux, laquelle est toujours possible, à un moment quelconque. Alors, la période suspecte se clôt, de plein droit, au jour de la réconciliation, et l'enfant né plus de 180 jours après est couvert par la présomption de paternité; 2. S'il y a eu *divorce*, la situation est tout autre : d'une part, il n'y a plus de période suspecte, mais un état de choses parfaitement clair et défini, puisque le mariage a été rompu : l'enfant né plus de trois cents jours après le juge-

ment de divorce n'est plus couvert par la présomption de paternité; l'ex-mari n'a même pas besoin de le désavouer (v. cependant *sup.* n° 1040); d'autre part, cette situation n'est pas seulement nette : elle est aussi définitive et irrémédiable, aucune réconciliation n'étant possible entre les époux divorcés qui ont seulement la faculté de se remarier à nouveau entre eux.

1051. B. **Désaveu normal, sur preuve de non-paternité, administrée par des moyens limités.** — Le Code civil prévoit deux cas de désaveu ressortissant à cette catégorie de droit commun : 1° l'*impossibilité physique de cohabitation*; 2° le *recel de la naissance*.

1° *Impossibilité physique de cohabitation.* — Le mari prouve qu'il y a eu impossibilité physique de cohabitation pendant les 120 jours dans lesquels la conception de l'enfant est susceptible d'être située; il établit par là même que la présomption de paternité porte à faux dans l'espèce; il la détruit en lui opposant une évidence contraire (art. 312, § 2).

Il faut observer à ce sujet :

a) Qu'une impossibilité *morale* ne constituerait pas la cause du désaveu de l'article 312, § 2; par exemple, la plus grave mésintelligence entre les époux ne serait pas décisive;

b) Que le Code civil précise l'origine de l'impossibilité physique de cohabitation en la rattachant, *de façon limitative*, soit à l'*éloignement* du mari, soit à *quelque accident* qui lui serait survenu.

1. L'*éloignement du mari.* — Bien entendu, il ne s'agit pas ici de l'absence proprement dite, laquelle met fin à la présomption de paternité et rend donc le désaveu inutile, mais d'une simple *non-présence*, d'un simple éloignement comme l'énonce l'article 312. Quant à savoir si, dans l'espèce, l'éloignement a été suffisant pour déterminer l'impossibilité physique de cohabitation, c'est là une question d'appréciation que le juge du fait résoudra souverainement, étant bien entendu qu'il n'est pas nécessaire que la distance entre les époux soit telle qu'elle ne puisse être franchie dans un délai de 120 jours; car, s'il en était autrement, la disposition de l'article 312, § 2 serait réduite à l'état de lettre morte puisque, grâce aux progrès de la science, le tour de notre planète peut être accompli dans un temps sensiblement plus réduit; l'essentiel est de s'assurer que les époux n'ont pas, au cours du délai fatidique de 120 jours, rapproché les distances, et c'est au mari, demandeur en désaveu, qu'il incombera de faire cette démonstration. C'est

ainsi que la Cour d'Alger a pu accueillir le désaveu formulé par un mari qui résidait à Alger tandis que sa femme habitait à Paris (Alger, 12 nov. 1866, *S.*, 1867, 2, 152, *D. P.*, 1867, 2, 126). On peut même admettre que l'éloignement soit suffisant entre conjoints résidant dans la même localité s'il est démontré qu'à raison des circonstances — incarcération, internement, hospitalisation — aucune communication n'a pu s'établir entre eux (Alger, 14 fév. 1921, *D. P.*, 1921, 2, 30; v. cependant *contra*, Besançon, 8 mars 1899, *D. P.*, 1899, 2, 268, *S.*, 1899, 2, 174).

2. *Accident survenu au mari.* — La loi vise par cette formule l'*impuissance accidentelle* provenant d'une atteinte aux organes de la génération, d'une lésion ayant une origine externe, provenant d'une blessure, d'une mutilation, d'une opération. Il y aurait lieu d'exclure :

a) Sans aucun doute l'*impuissance naturelle*, comme la loi s'en explique formellement dans l'article 313, § 1;

b) Et aussi, à notre sentiment, l'impuissance accidentelle due à une cause interne, notamment à une longue maladie. Mais cette interprétation étroite, commandée, à notre avis, par le caractère exceptionnel du désaveu et consacrée par nombre d'auteurs (Colin et Capitant, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Chêneaux), est repoussée par quelques civilistes qui ne distinguent pas suivant la cause de l'impuissance accidentelle et qui y voient toujours un cas de désaveu (*Sic*, Planiol, Rouast, n° 801, Demolombe).

En tout cas, il n'y a pas lieu de rechercher si l'accident était antérieur au mariage ou s'il n'est survenu que par la suite : on ne trouve dans la loi aucune réserve dans cette direction.

1052. — 2° *Recel de la naissance.* — Le *recel* consiste dans une *dissimulation* : la femme a caché à son mari la naissance de l'enfant; une telle attitude justifie toutes les suspicions. Cependant, elle ne constitue pas, à elle seule, un cas de désaveu, mais elle ouvre, au mari l'accès d'autres moyens de preuve; elle joue donc en quelque sorte le rôle d'*adminicule*; le mari, est-il dit dans l'article 313, § 1, ne peut désavouer l'enfant « *même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père* ».

Il semble, à lire cette formule, que le mari soit astreint à administrer une triple preuve dont les divers éléments paraissent être distincts : adultère, recel, faits propres à justifier de la non-paternité. Mais une telle exigence serait

excessive : l'adultère n'a pas à être établi directement, spécialement; il résulte implicitement et nettement de la preuve de la non-paternité du mari qui n'a donc à faire porter sa démonstration que sur deux points : le *recel* et les *faits* propres à justifier de sa non-paternité (Req., 31 juill. 1866, *S.*, 1866, 1, 417, *D. P.*, 1867, 1, 297). Si la loi a mentionné l'adultère, c'est seulement pour spécifier qu'il ne constitue pas, à lui seul, un cas de désaveu, alors même qu'il viendrait se conjuguer avec la dissimulation de la grossesse; et ce point de vue est parfaitement rationnel : une femme peut avoir commis un adultère et cependant mettre au monde un enfant dont la paternité remonte effectivement au mari (Req., 31 juill. 1866, précité).

1° Le *recel* devrait, d'après l'article 313, avoir porté sur la naissance même; cependant, il est admis, en jurisprudence et en doctrine, que le recel de la *grossesse* doit être assimilé au recel de l'accouchement lui-même; il est tout aussi grave et il comporte la même interprétation péjorative (Req., 7 janv. 1850, *S.*, 1850, 1, 113, *D. P.*, 1850, 1, 5, rapport Mesnard; 19 nov. 1929, *D. H.*, 1929, 86, *S.*, 1930, 1, 99). Comme exemple typique de recel il faut citer l'inscription de l'enfant, par les soins de la mère, sous un faux état civil;

2° *Les faits propres à justifier de la non-paternité du mari* sont laissés par la loi à l'appréciation du juge; ils consisteront, entre autres, dans la mésintelligence des époux, dans leur séparation de fait, dans l'état valétudinaire du mari ou dans son grand âge; nous rappelons encore que l'adultère de la femme ne suffit pas, à lui seul tout au moins et encore que la grossesse ait été dissimulée au mari, à parfaire la preuve de la non-paternité.

1053. Terminologie défectueuse. — On qualifie parfois le cas de désaveu pour recel de *désaveu pour impossibilité morale de cohabitation* (Aubry et Rau, Colin et Capitant); il faut répudier cette terminologie qui ne cadre pas du tout avec l'institution à laquelle on l'applique et qui repose, d'abord et essentiellement, sur le recel de la grossesse ou de l'accouchement, puis sur des faits qui, tels l'état de santé du mari ou l'isolement des deux époux, présentent un caractère matériel bien plutôt que moral (Rouast, n° 804).

1054. C. Désaveu sur preuve de non-paternité administrée librement. — Cette sorte de désaveu présente, par rapport aux deux précédentes, et surtout si on

le compare à la deuxième, un caractère *exceptionnel* : il faut supposer que la filiation maternelle de l'enfant, qui ne résulte ni de son acte de naissance, ni de la possession d'état, a dû être établie judiciairement, au moyen d'une action en réclamation d'état.

L'article 325, qui prévoit cette éventualité, suppose que l'enfant a réussi dans l'action en réclamation d'état et il décide qu'une fois la maternité ainsi établie, le mari pourra en répudier la conclusion qui s'en dégage normalement quant à lui; il va entreprendre de prouver que l'enfant, s'il est celui de sa femme, n'est cependant pas le sien. Cette preuve pourra se faire *par tous les moyens propres à établir qu'il n'est point l'enfant du mari de la mère*; la loi confère ainsi à ce mari le droit de désavouer l'enfant en dehors des cas de désaveu par simple dénégation ou par preuve limitée, en faisant appel à tous moyens utiles à cet effet.

Il est essentiel de remarquer qu'il ne s'agit pas ici d'une simple contestation de légitimité, mais d'un désaveu véritable (Civ., 20 juill. 1921, *D. P.*, 1921, 1, 233, note Savatier); seulement, ce désaveu se présente sous un angle spécial; il offre de nombreuses particularités :

1° Il est présenté sous forme d'*exception*; il constitue une riposte à la demande de l'enfant qui prétend être l'enfant *légitime* d'une femme mariée, donc l'enfant du mari de cette femme;

2° La preuve de la non-paternité du mari pourra être administrée *par tous les moyens possibles*; sans doute, une simple dénégation serait inopérante, mais on n'exige ni la preuve d'une impossibilité physique de cohabitation, ni celle d'un recel;

3° Ce désaveu spécial peut être formé *à un moment quelconque*, au lieu que l'exercice du désaveu par dénégation ou sur preuve limitée doit avoir lieu, nous le verrons, dans un délai très bref (Req., 11 avril 1854, *S.*, 1854, 1, 289, *D. P.*, 1854, 1, 92).

1055. Interprétation restrictive. — Tant de faveurs ne se justifient qu'imparfaitement par cette considération que la situation de l'enfant dont la filiation ne résulte pas des indications contenues dans un acte de naissance est équivoque et suspecte. Aussi convient-il d'interpréter restrictivement l'article 325 à un double point de vue.

1° Ce texte se réfère à une éventualité précise, celle qui est déterminée par les deux articles précédents, à savoir celle où la filiation de l'enfant ne résulte ni d'un titre, ni d'une possession d'état constante, c'est-à-dire, sous une

forme concrète, celle qui présente les deux particularités suivantes : *a*) l'enfant a été inscrit sous de faux noms ou comme né de père et mère non dénommés; *b*) il ne jouit pas de la possession d'état d'enfant légitime. Du moment que ces deux conditions ne sont pas intégralement réunies, le mari ne saurait utiliser la disposition de l'article 325, dont la lettre comme l'esprit s'opposent à une interprétation extensive à cet égard (*Sic* : Civ., 26 oct. 1927, *D. P.*, 1928, 1, 65, note Rouast).

1056. — 2° Comme le texte suppose que le mari exerce le désaveu *par voie d'exception*, il serait d'une saine interprétation de lui refuser le droit d'agir par voie d'action, c'est-à-dire de prendre les devants et à un moment où l'enfant — qui, par hypothèse, nous le rappelons, ne peut invoquer ni acte de naissance ni possession d'état — n'a pas encore agi contre sa mère prétendue en réclamation d'état.

Mais, sur ce point, c'est au contraire l'*interprétation extensive* qui prévaut en jurisprudence : on a considéré qu'il y aurait de très graves inconvénients pour le mari à demeurer dans l'expectative, à voir venir les événements; les preuves dont il dispose actuellement sont susceptibles de dépérir; de plus, il importe à la famille, à son honneur et à son avenir, que la question de légitimité soit tranchée le plus tôt possible; c'est pourquoi la Cour de cassation admet, en pareille matière, l'*action préventive* du mari (Req., 9 mai 1864, *S.*, 1864, 1, 305, *D. P.*, 1864, 1, 409; Civ., 20 juill. 1921, *D. P.*, 1921, 1, 233, note Savatier). Il résulte de cette dernière décision que le mari, lorsqu'il agit ainsi préventivement, bénéficie des mêmes facilités, quant aux modes de preuve et quant aux délais, que s'il agissait dans les termes mêmes de l'article 325, par voie d'exception; et même il a été jugé que le désaveu préventif peut être engagé alors que la naissance de l'enfant n'a pas même été déclarée à l'officier de l'état civil (trib. civ. Nevers, 28 sept. 1933, *La Loi*, 20 sept. 1934).

1057. Droit comparé. — On voit que le désaveu de paternité, réserve faite de la disposition très spéciale de l'article 325, est enfermé, par notre législation française, dans des limites fort étroites. Les principales législations récentes sont moins formalistes et, par suite, moins confiantes dans la fidélité de la femme; c'est facilement qu'elles permettent au mari de combattre la présomption de paternité qui couvre l'enfant conçu par une femme mariée. Le

Code civil *allemand* déclare que « l'enfant n'est pas légitime lorsqu'il est manifestement impossible, *d'après les circonstances*, que la femme l'ait conçu des œuvres du mari »; notamment la preuve que le mari n'a pas cohabité avec elle pendant le temps de la conception entraîne l'illégitimité de l'enfant (C. civ. allemand, art. 1591, § 1). Quant au Code civil *suisse* (art. 254), il permet au mari de désavouer l'enfant en établissant *qu'il ne saurait en être le père*.

1058. II. **Réalisation judiciaire du désaveu; procédure.** — Il faut mettre de côté le désaveu de l'article 325 qui est soumis aux règles particulièrement libérales que nous venons d'énumérer, soit quant aux preuves qui sont admises, soit quant aux délais dans lesquels il peut être formulé (*sup.*, n° 1054); on a même soutenu que le libéralisme devait aller plus loin et que l'action était ouverte à tous les intéressés; nous ne pouvons nous ranger à cette opinion qui compte cependant des partisans nombreux et autorisés : lorsqu'il s'agit de savoir si le mari de la mère est bien le père de l'enfant, on ne comprendrait pas que l'action appartînt à une personne autre que le principal intéressé; il y va de son honneur et de son repos, et aussi de l'honneur et du repos de la famille que le premier intéressé venu risquerait de compromettre à jamais si on lui conférait le droit d'ouvrir les hostilités (Rouen, 4 mars 1877, *D. P.*, 1877, 2, 196, *S.*, 1880, 1, 241 — Comp., la note précitée de M. Savatier, *D. P.*, 1921, 1, 233).

Ayant ainsi éliminé le désaveu spécial de l'article 325 qui s'apparente, par bien des côtés, à une simple contestation de légitimité, et nous en tenant désormais au désaveu normal, nous allons rechercher :

1° *Qui* peut agir en désaveu; 2° *contre* qui l'action est exercée; 3° dans quels *délais*; 4° devant quel *tribunal*; 5° au moyen de quelles preuves; 6° quelle est l'*autorité* de la décision intervenue.

1059. A. **Qui peut agir en désaveu. Principe.** — L'action en désaveu n'appartient en principe qu'au *mari*, à l'exclusion de toutes autres personnes; cette exclusivité ressort de différents textes qui supposent tous que le demandeur n'est autre que le mari (art. 317 et 318 notamment). Ni la mère, ni les autres enfants issus du mariage, ni des parents des époux ne sauraient engager une telle procédure; à plus forte raison convient-il d'exclure les créanciers du mari dont l'intérêt à agir ne saurait être que purement matériel. Seul, le mari peut être juge de sa propre paternité,

de l'opportunité qu'il peut y voir à exercer une action qui troublera gravement la paix de la famille, et surtout de l'union dont il est le chef et le représentant.

1060. Dérogations. — Ce principe rigoureux comporte une double dérogation en faveur du *tuteur* du mari interdit et en faveur des *héritiers*.

1° *Tuteur du mari interdit.* — Une jurisprudence bien établie, encore que discutable, admet que le désaveu soit exercé par le tuteur au nom de l'*interdit judiciaire*. (Civ. 14 juill. 1844, *D. P.*, 1844, 1, 424; Caen, 14 déc. 1876, *S.*, 1877, 2, 54, *D. P.*, 1877, 2, 146; Grenoble, 5 déc. 1883, *S.*, 1884, 2, 73; Lyon, 5 juin 1891, *D. Jur. gén.* Sup. V° *Paternité*, n° 17), et aussi au nom de l'interdit *légal* (Chambéry, 28 janv. 1862, *S.*, 1862, 1, 481).

Quant à l'individu pourvu d'un *conseil judiciaire*, il peut agir en désaveu lui-même, mais avec l'assistance du conseil (art. 499 et 513); le *mineur émancipé* agit sans assistance, celle-ci n'étant requise que pour l'exercice des actions immobilières (art. 482).

2° *Héritiers du mari.* — L'article 317 leur permet d'agir lorsque le mari est décédé sans avoir fait sa réclamation, mais à la double condition : *a*) qu'il fût encore dans les délais pour agir lui-même en désaveu; *b*) que l'enfant soit entré en possession des biens du mari ou que les héritiers aient été troublés par lui dans leur possession.

On voit, par cette dernière condition, que l'action change de nature en passant aux héritiers; dans leurs mains, elle repose, non plus sur un intérêt moral, mais aussi et surtout sur un intérêt d'ordre pécuniaire.

Il va sans dire, bien que la loi ne s'en explique pas, que les héritiers pourraient, à plus forte raison, continuer l'instance engagée par le mari.

Aucune autre dérogation ne saurait être apportée au monopole du mari en matière de désaveu; notamment, s'il est en état d'absence, l'action n'appartient pas aux *envoyés en possession*, même *définitive*. (Voy. cependant Alger, 14 fév. 1921, *D. P.*, 1921, 2, 30.)

1061. B. Contre qui l'action est intentée. — Elle est exercée normalement contre l'*enfant* qu'elle tend à rejeter de la famille légitime; mais cet enfant, à raison de son jeune âge, est dans l'impossibilité de défendre ses intérêts; il faut donc qu'il ait un représentant. Ce représentant ne peut être le mari de sa mère puisqu'il est son contradicteur

au procès; ce sera un tuteur *ad hoc* qui sera nommé spécialement à cet effet (art. 318).

La loi ne dit pas à qui appartient la nomination de ce tuteur; on en est donc réduit à appliquer le droit commun encore qu'il ne donne pas à l'enfant des garanties suffisantes : c'est le conseil de famille qui, par application des principes généraux, nomme ce tuteur (*Sup.*, n° 369); étant composé de parents de l'enfant (*Sup.*, n^{os} 387 et suiv.) dont les intérêts seront généralement opposés à l'entrée de celui-ci dans la famille légitime, il est à craindre que ce conseil ne s'acquitte pas de sa mission avec toute la sollicitude désirable.

La mère aurait été, semble-t-il, mieux qualifiée que toute autre personne pour défendre les intérêts de son enfant; la loi n'a cependant pas voulu en faire son représentant : tout au moins lui a-t-elle assuré un droit d'intervention et de contrôle; elle doit, à peine de nullité, être *présente*, être liée à tous les actes de la procédure; sa présence déjouera toute tentative de collusion entre le mari et le tuteur; et d'ailleurs ses intérêts sont en jeu, presque autant que ceux de son enfant; il y va de son honneur d'épouse et de mère (art. 318).

1062. Héritiers de l'enfant. — Si l'enfant est décédé, *après être né vivant et viable*, l'action peut être exercée contre ses héritiers; le mari peut avoir intérêt à le désavouer, soit moralement, soit même pécuniairement, car le défunt a pu, au cours de son existence, acquérir des droits et les transmettre à son décès à ses propres héritiers (Alger, 14 fév. 1921, précité).

1063. C. **Délais.** — On distingue selon que l'action est exercée par le mari ou bien par ses héritiers.

1° L'action est exercée par le *mari*; la durée et le point de départ du délai sont alors fixés dans les termes suivants :

a) *Durée* du délai. — Elle est, en principe, d'*un mois* (art. 316); exceptionnellement, elle est portée à *deux mois* : 1. si le mari était alors éloigné lors de la naissance; 2. si cette naissance lui a été cachée (même texte).

Ce délai d'un mois ou de deux mois se trouve prorogé d'un mois par la notification du désaveu par acte extrajudiciaire (exploit d'huissier); en effet, il suffit que cette notification intervienne dans les délais ci-dessus; elle conserve tous ses effets pourvu qu'elle soit elle-même suivie de la demande en justice dans le délai d'un mois (art. 318).

Le délai ainsi fixé est toujours très bref : il le fallait pour

que l'état de l'enfant ne demeurât pas dans l'incertitude; d'ailleurs, comme nous allons le voir, le point de départ est assez souvent différé.

1064. — b) *Point de départ du délai.* — En principe, le délai court du jour de la *naissance* de l'enfant; mais il en va autrement d'après la loi elle-même :

1. Si le mari était *éloigné*, le délai ne courra alors qu'à partir de son retour; 2. Si la naissance lui a été *cachée* : le point de départ est alors *la découverte de la fraude* (art. 316), c'est-à-dire la connaissance de la naissance de l'enfant. Il est admis que c'est au défendeur, invoquant la forclusion du mari, qu'il appartient de prouver qu'il avait eu connaissance de l'accouchement de la femme. (Req., 14 fév. 1854, *D. P.*, 1854, 1, 89).

Ces deux éventualités sont les seules dans lesquelles la loi retarde le point de départ du délai; mais la jurisprudence, partant de cette idée que le délai ne peut pas décemment courir alors que le mari n'a pas eu connaissance de l'accouchement, tient compte de deux autres circonstances non prévues par la loi; 3. Le mari est *interdit* ou *interné* à raison de son état mental : le délai courra seulement à dater de la *mainlevée de l'interdiction* ou de la *sortie* de l'établissement (Caen, 14 déc. 1876, *S.*, 1877, 2, 54, *D. P.*, 1877, 2, 146); 4. Les époux sont *séparés de corps*; il est alors vraisemblable que le mari ignore l'accouchement de sa femme; bien qu'il ne soit peut-être pas très éloigné du lieu de la naissance, le délai fatal ne courra que du jour où il aura eu connaissance de l'accouchement et il appartiendra à ses adversaires de prouver qu'il a eu cette connaissance. (Req., 9 déc. 1857, *S.*, 1858, 1, 97, *D. P.*, 1858, 1, 132; Pau, 11 janv. 1887, *S.*, 1887, 2, 226, *D. P.*, 1887, 2, 77.)

1065. — 2° L'action est exercée par les *héritiers*. Le délai obéit alors à des règles différentes, et cela parce que l'action change de signification en passant aux héritiers du mari; elle présente, entre leurs mains, un caractère surtout pécuniaire.

Le délai est alors fixé uniformément à deux mois (art. 317), et il a pour point de départ, soit le jour où l'enfant s'est *mis en possession* des biens du défunt, soit celui où il *trouble* les héritiers dans leur possession de ces mêmes biens (même texte).

1066. Caractère du délai. — Le délai, tel qu'il vient d'être déterminé, présente un caractère essentiel, aussi bien

pour le mari lui-même que pour ses héritiers : il est *de droit strict*; en dehors des éventualités prévues par la loi ou prises en considération par la jurisprudence, rien ne saurait le proroger, rien ne pourrait suspendre l'action du temps, pas même la minorité du mari (Paris, 3 nov. 1910, *D. P.*, 1911, 5, 11) : c'est qu'il ne s'agit pas là d'une prescription, mais bien d'un délai *préfix* consacrant, pour le titulaire de l'action, une véritable déchéance; or, de tels délais sont insusceptibles d'être allongés par une cause de suspension ou d'être brisés par une cause d'interruption.

1067. D. **Compétence.** — Conformément au droit commun, l'action en désaveu doit être portée devant le tribunal du défendeur, qui, en l'occurrence, est, non pas le tuteur *ad hoc*, simple représentant, mais l'enfant lui-même; or, jusqu'à plus ample informé, cet enfant est considéré comme ayant pour père le mari de sa mère; il est donc domicilié chez lui de plein droit, si bien qu'en définitive le tribunal compétent n'est autre que celui du demandeur lui-même. (Req., 6 avril 1898; *D. P.*, 1902, 1, 232; Civ., 4 avril 1905, *S.*, 1906, 1, 273; 7 avril 1908, *S.*, 1909, 1, 234.)

La compétence *ratione materiæ* est réservée exclusivement au tribunal civil.

1068. E. **Preuves à administrer.** — Nous avons résolu la question à l'avance en étudiant les différents cas de désaveu : tantôt le mari n'a aucune preuve à fournir (désaveu par dénégation); tantôt on exige de lui une preuve par des moyens limités, donc difficile, et c'est le désaveu normal, de droit commun; enfin, dans le cas particulier de l'article 325, le mari a à sa disposition tout l'arsenal des preuves.

1069. F. **Autorité de la décision intervenue.** — Sans entrer dans le problème général de l'autorité dévolue aux jugements relatifs à des questions de filiation, nous dirons qu'on distingue ici assez volontiers selon que l'action émanait du mari lui-même ou de ses héritiers : dans le premier cas, elle n'avait qu'un seul titulaire; ce qui a été jugé pour lui ou contre lui l'a été pour et contre tous; la décision a une *autorité absolue*. Si au contraire ce sont les héritiers ou l'un d'eux qui ont exercé le désaveu, l'action était divisée sur plusieurs têtes; l'enfant n'avait plus un unique contradicteur et l'on en revient donc à la règle de l'*autorité relative* de la chose jugée; pour les tiers, c'est-à-dire pour ceux qui n'ont pas été parties à l'instance, ou qui n'y furent

pas spécialement représentés, la décision est *res inter alios acta* (V. inf., nos 1312 et suiv.).

1070. Désaveu et contestation de légitimité. Contestation d'état. — Il est intéressant de distinguer l'*action en désaveu*, réservée au seul mari et parfois à ses héritiers, renfermée dans des délais de droit strict, de l'*action en contestation de légitimité* qui est accordée à tous intéressés et qui peut être intentée à un moment quelconque.

Le plus souvent, la discrimination est aisée à raison même de la différence des deux statuts; l'application la plus typique de la contestation de légitimité est peut-être celle qui intervient en vertu de l'article 315 qui permet de contester la légitimité d'un enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, c'est-à-dire d'un enfant qui n'est pas couvert par la présomption *pater is est...* ; d'une part, c'est bien la paternité du mari qu'il s'agit d'écarter, et c'est en quoi l'action diffère de l'action en contestation d'état, laquelle se réfère à la maternité; mais, d'autre part, la présomption de paternité n'est plus en cause, et c'est pourquoi il n'y a pas désaveu.

Parfois, au contraire, la distinction est plus délicate; il faut noter à ce sujet :

1° Que certains arrêts ont une tendance à réserver le nom d'action en désaveu à la demande qui est formulée par *le mari lui-même* en vue d'écarter la présomption de sa paternité; mais l'action introduite par ses héritiers serait une simple action en contestation de légitimité. C'est, en effet, le nom que lui donne la loi dans l'article 317; et d'ailleurs, un désaveu ne saurait émaner que de celui qui a avoué ou qui est présumé avoir avoué, non de ses héritiers. Cependant, et tout en reconnaissant que l'action change de caractère en passant du mari aux héritiers (*Sup.*, nos 1060 et 1065), on considère couramment dans la doctrine qu'elle n'en demeure pas moins une action en désaveu : elle a toujours pour objet de renverser la présomption *pater is est...*;

2° Que le désaveu formulé par le mari dans les termes de l'article 325 ressemble singulièrement à une contestation de légitimité surtout depuis l'arrêt de la Chambre civile du 20 juillet 1921 (*Sup.*, n° 1056) qui admet le désaveu *préventif* avec toutes les facilités de preuve et de délai que comporte l'action en légitimité. C'est cependant bien d'un véritable désaveu qu'il s'agit, mais bénéficiant d'un statut particulièrement libéral qui le fait ressembler à une simple contestation de légitimité.

1071. — Ce même article 325 nous fait assister à la combinaison du désaveu avec la *contestation d'état* : un enfant agit contre une femme mariée afin de prouver qu'elle est sa mère; il agit ainsi en *réclamation* d'état; sa prétention peut être *contestée*, aux termes de l'article 325, par tous les moyens propres à établir sa fausseté; à supposer qu'elle soit cependant reconnue exacte, le mari de la femme, convaincue désormais d'être la mère de l'enfant, est admis à prouver, par tous les moyens possibles également, qu'il n'est cependant pas le père de l'enfant; en ce faisant, il engage le désaveu par voie d'exception et en suite de l'échec subi par sa femme sur la question de réclamation d'état.

Section II. — EFFETS DE LA PARENTÉ LÉGITIME ET DE L'ALLIANCE

La Puissance paternelle. L'Obligation alimentaire

1072. Effets de la paternité légitime. — Ces effets varient beaucoup avec la proximité ou l'éloignement du degré; ils peuvent être localisés dans trois cercles concentriques correspondant, le plus étroit à la famille *stricto sensu* (parents et enfants), un deuxième aux proches parents (descendants, ascendants, à certains égards frères et sœurs et leur descendance, et même parfois cousins germains), tandis qu'un troisième cercle englobe la famille tout entière, dans son acception la plus large (*Sup.*, n° 675).

1° *Effets qui se produisent même entre parents éloignés* : c'est le *droit de succession* (jusqu'au 6e, et même parfois jusqu'au 12e degré, art. 755); le droit et l'obligation de faire partie d'un *conseil de famille* (*Sup.*, nos 387 et suiv.); celui de requérir l'*interdiction judiciaire* (art. 490; *sup.*, n° 534) ou la nomination d'un *conseil judiciaire* (arg. art. 514; *sup.*, n° 567);

2° *Effets qui se produisent entre proches parents* : c'est le droit réciproque à des *aliments* (entre descendants et ascendants); le devoir de gérer la *tutelle*; ce sont les *empêchements au mariage* (*Sup.*, nos 715 et suiv.); certaines *incapacités* : deux proches parents ne peuvent faire partie du même tribunal, de la même cour, du même conseil municipal; on ne peut être témoin dans un acte notarié ou dans un testament concernant un proche (C. civ., art. 975); certaines *prérogatives*, comme celle de faire opposition à un mariage (*Sup.*, nos 755 et suiv.) ou celle de demander la nullité du mariage célébré (*Sup.*, nos 803 et suiv.);

3° *Effets qui sont limités* à la famille *stricto sensu* : ce

sont les attributs de la *puissance paternelle* et les devoirs qui y sont attachés.

1073. Effets de l'alliance. — Moins compréhensive que la parenté, l'alliance produit des effets moins nombreux et moins persistants; la simple affinité ne saurait prétendre au même traitement que la communauté du sang.

1° Aussi les alliés n'ont-ils pas la vocation successorale; il est de tradition que « *l'alliance n'hérite pas* »;

2° Il ne peut être question pour eux de détenir ou d'exercer, à ce titre, la puissance paternelle;

3° Ils ne sont pas qualifiés pour faire *opposition* à un mariage (*Sup.*, n° 755), ni pour demander la *nullité d'un mariage* irrégulier (*Sup.*, n^{os} 803 et suiv.);

4° Ni pour provoquer une *interdiction* (*Sup.*, n° 534) ou la nomination d'un *conseil judiciaire* (*Sup.*, n° 567), ou la *déchéance de la puissance paternelle* (*Inf.*, n° 1130).

En revanche :

1° L'alliance peut faire empêchement à un mariage (art. 161 et 162);

2° Elle entraîne parfois l'obligation d'assumer une tutelle (art. 432) ou de faire partie d'un conseil de famille (art. 407 et suiv.);

3° Elle impose parfois une *obligation alimentaire* (art. 206);

4° Et elle détermine un certain nombre d'incapacités, par exemple en *matière notariale* et pour jouer le rôle de *témoins* (L. 25 ventôse, an XI, art. 8 et 10), ainsi que dans le domaine de la justice : un juge peut être récusé à raison de son alliance avec l'une des parties (C. pr., art. 378) et les proches alliés ne doivent pas siéger dans un même tribunal (L. 28 avril 1810, art. 63), ni dans un même conseil municipal, au moins dans les communes de plus de 500 habitants (L. 5 avril 1884, art. 35).

Il y a encore lieu de noter :

1° Que certains effets produits par l'alliance ne survivent pas au mariage d'où elle résultait (*Sup.*, n° 686), au lieu que la parenté est *perpétuelle*;

2° Que l'alliance n'a point un rayonnement comparable à celui de la parenté; elle n'est pas douée de la même force communicative; tandis que les parents de nos parents sont nos parents, les alliés de nos alliés nous sont juridiquement étrangers; par exemple, les maris de deux sœurs ne sont pas alliés entre eux (Civ., 25 avril 1923, *S.*, 1923, 1, 301, *D. P.*, 1926, 1, 23).

1074. Plan. — Parmi ces effets, produits par la parenté ou par l'alliance, il en est deux qui sont tout particulièrement importants et sur lesquels il faut insister ici : l'un, la *puissance paternelle*, qui se rattache à la conception la plus étroite de la famille, qui ne se manifeste que dans les rapports des parents avec leurs enfants; un autre, la *dette alimentaire*, qui correspond à la deuxième conception de la famille, qui existe entre certains proches parents ou alliés.

Il convient aussi de mentionner l'institution du *bien de famille* qui sera étudiée plus loin (*inf.*, n^os^ 1539 et suiv.).

§ I. — LA PUISSANCE PATERNELLE

1075. Sources. — Code civil, livre I, titre IX, articles 371 à 387; article 389; l. 7 déc. 1874; l. 23 déc. 1874, *sur la protection des enfants du premier âge*, mod. par un D. L. du 30 oct. 1935; l. 24 juillet 1889 *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, complétée ou modifiée par les lois du 5 août 1916, du 15 nov. 1921, du 23 juill. 1925, du 17 juill. 1927, ainsi que par deux décrets-lois du 30 oct. 1935; l. 19 avril 1898 *sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants*; l. 11 avril 1908 *concernant la prostitution des mineurs*; l. 17 juill. 1927, précitée, abrogeant ou modifiant certains articles du Code civil; D. L. 30 oct. 1935 *portant modification des art. 376 et suiv. du Code civil*; D. L. 30 oct. 1935, *relatif à la protection de l'enfance*.

Bibliographie. — Leloir, *Code de la puissance paternelle*, 2 vol.; Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites*; Maurice Gastambide, *L'enfant devant la famille et l'Etat*, thèse 1902; Bonjean, *La maternité et ses effets juridiques*, thèse 1911; Béraud, *Le droit de puissance paternelle dans le Code civil et depuis le Code*, thèse 1912; Lefebvre, *La famille en France*.

Pour la déchéance de la puissance paternelle, voyez *inf.*, n° 1115.

1076. Définition. — La puissance paternelle est l'ensemble des droits que la loi confère aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, mineurs non émancipés, en vue d'assurer l'accomplissement des charges qui leur incombent en ce qui concerne l'entretien et l'éducation desdits enfants.

Il ressort de cette définition, qui est acceptée en ces termes ou en des termes approchés par tous les auteurs, que la puissance paternelle est loin d'être un pouvoir absolu, mais que,

comportant des charges et des obligations, elle affecte l'aspect d'un rapport juridique bilatéral; aussi comprend-on que la terminologie adoptée par notre Code civil ait été fort discutée, comme évoquant une souveraineté qui n'est plus de mise depuis longtemps, et qu'à l'étranger on se soit référé de préférence à l'expression « *autorité parentale* » qui présente cette double supériorité de mettre une sourdine à une terminologie chez nous un peu trop appuyée et d'indiquer que le pouvoir dont il s'agit n'est point le monopole exclusif du père, mais qu'il est accordé aux parents (*elterliche Gewalt* du Code civil *allemand*; *droits de père et mère* du Code de la famille des *Soviets*).

1077. Historique. Droit romain. — En réalité, la dénomination actuellement en usage dans notre pays — et aussi dans la *Suisse* (art. 273 et suiv. du Code civil fédéral) — est une survivance de la terminologie romaine qui avait du moins ce mérite, pour le droit de la première époque, de correspondre à la réalité. On sait, en effet, que le droit *romain* avait conçu l'autorité paternelle sur le type d'une puissance intense au point d'être vraiment unilatérale, d'un *dominium* comparable à la vieille propriété quiritaire : la *patria potestas* conférait au chef de la famille la libre disposition de ses enfants qu'il pouvait émanciper, revendiquer, maltraiter à son gré et sur lesquels il avait jusqu'au droit de vie et de mort : *jus vitæ necisque*. (Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*; P. Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, pp. 282 et suiv.; G. Cornil, *Contribution à l'étude de la* patria potestas).

Par la suite, et assez rapidement, cette souveraineté comporta des limites; l'enfant fut considéré, non plus comme une chose, mais comme une personne susceptible d'acquérir et d'exercer des droits qui vont s'opposer au *dominium* du père et l'entamer profondément. Le patrimoine de l'enfant comme sa personne échappent de plus en plus à l'emprise paternelle; différents pécules font leur apparition (*peculium castrense*, *peculium quasi-castrense*, *biens adventices*) sur lesquels l'enfant a des droits de plus en plus effectifs. Mais, malgré tout, le principe reste le même; il est confirmé plutôt que neutralisé par les nombreuses et très efficientes dérogations qui y sont apportées; l'autorité paternelle est toujours considérée comme une véritable puissance.

Ancien droit français. — Nos pays de droit écrit acceptèrent la tradition romaine; au contraire, les pays de coutume y furent constamment réfractaires; on y déclarait que « *droit de puissance paternelle n'a lieu* » (Loysel, *Institutes*

coutumières, n° 55), ce qui signifie, d'abord et avant tout que la *patria potestas* n'a pas cours dans ces régions de la France, mais en outre, que l'autorité paternelle n'existe que dans l'intérêt de l'enfant, non dans celui du père et qu'elle est réduite au strict minimum, limitée qu'elle est dans sa durée comme dans ses attributs, à tel point que, du témoignage de Pothier, c'était une question de savoir « si, dans les pays coutumiers, il y avait une puissance paternelle » (Pothier, *Traité des personnes et des choses*, t. IX, n° 129) et que cet auteur ne consacre que quelques pages à une institution qui relevait des mœurs domestiques plutôt que du droit.

Le Code civil. — Comme d'ordinaire, les rédacteurs du Code civil ont effectué une transaction entre les règles du droit romain et celles du droit coutumier; ils ont limité l'autorité paternelle dans ses attributs et dans sa durée; ils en ont investi, non pas uniquement le père, mais aussi la mère; cependant, et malgré l'opposition de Berlier, ils lui ont conservé son nom de *puissance* et surtout ils l'ont soustraite à tout contrôle autre que celui de la mère, mettant ainsi les tribunaux dans l'impuissance de refréner et de sanctionner les abus d'autorité. Et cependant, il s'est trouvé des auteurs pour reprocher au Code civil d'avoir énervé la puissance paternelle, d'avoir désarmé le père de famille, et pour réclamer un renforcement de ses pouvoirs (Aubry et Rau, 4e éd., t. VI, p. 75).

1078. Tendance moderne. — Mais c'est dans une tout autre direction que l'évolution s'est poursuivie au cours du siècle dernier, sous l'impulsion de la jurisprudence, des mœurs et du législateur. Les lois intervenues pendant la seconde moitié du XIXe siècle et au début du XXe consacrent un adoucissement continu de l'autorité paternelle qui ne mérite plus guère d'être qualifiée de puissance; les droits de l'enfant et les droits de la famille se sont opposés à ceux du père dont les prérogatives sont en retraite sur presque toute la ligne; l'axe même de l'institution s'est déplacé en même temps que son but et son esprit étaient transposés; l'autorité paternelle a passé de la catégorie des droits égoïstes, à celle des droits *altruistes*, des *droits-fonctions* : nombreuses sont les lois qui se rattachent à cette tendance, celles notamment qui se réfèrent à la déchéance de la puissance paternelle ou au mariage des enfants; spécialement, la loi fondamentale du 24 juillet 1889 peut être considérée comme la charte des droits de l'enfant au regard de son père. Nous aurons, à maintes reprises, l'occasion de revenir,

pour y insister, sur cette importante évolution qui a, en histoire et en droit comparé, une valeur absolument générale.

1079. Plan. — Nous rechercherons :
1° Quels sont les *caractères* de la puissance paternelle;
2° *A qui* elle appartient;
3° *Qui* y est soumis;
4° Quelles en sont les *prérogatives* (*attributs*) et les charges;
5° Comment elle prend *fin*.

N° 1. *Caractères de la puissance paternelle*

1080. Plan. — La puissance paternelle du droit moderne présente notamment les caractères suivants : elle est d'*ordre public*; elle est *hors du commerce*; elle est *relative* et aménagée *dans l'intérêt de l'enfant*.

I. *La puissance paternelle est d'ordre public*; elle constitue, en effet, une des bases de la famille et elle fait partie intégrante de l'état des personnes; elle ne saurait donc être ni élargie, ni réduite par la volonté des intéressés; notamment, elle ne peut être l'objet d'une *abdication* de la part du père.

II. La puissance paternelle est *hors du commerce*, pour les raisons mêmes qui lui confèrent un caractère d'ordre public; celui qui la détient ne peut en faire une monnaie d'échange, la céder, soit en totalité, soit en partie, dans tel ou tel de ses attributs; elle est *indisponible*, et elle est *intangible*; l'intérêt de cette constatation apparaîtra surtout à l'occasion d'un des attributs, la *jouissance légale*; le droit de jouissance ne peut être vendu, ni hypothéqué, ni saisi par les créanciers. D'autre part, le père ne pourrait pas renoncer à l'avance, et par une clause du contrat de mariage, à décider de la confession religieuse à laquelle appartiendront les enfants : une telle clause serait radicalement nulle comme contraire à l'ordre public (art. 6).

Mais il faut noter que la loi a prévu des cessions de puissance paternelle sous la forme d'une *délégation judiciaire* (*Inf.*, n° 1087).

1081. — III. *La puissance paternelle* est un droit *relatif*, conçu et aménagé dans l'intérêt des enfants, non dans celui du père.

Par cette proposition, nous touchons à l'essence intime de la puissance paternelle, à son *esprit*, à sa fonction, au

but en vue duquel elle a été instituée; nombreux sont les corollaires qui en découlent et les manifestations qui s'en produisent.

1° La puissance dite paternelle *n'appartient pas exclusivement au père*; la mère en est également investie, sauf à ne l'*exercer* qu'à défaut de son mari (*Inf.*, n° 1083).

2° Cette puissance *n'est pas perpétuelle*; instituée dans l'intérêt de l'enfant, elle prend fin le jour où il peut s'en passer, à sa majorité ou par son émancipation.

3° Cette puissance *n'est pas intangible*; le père n'est pas investi de fonctions inamovibles; dans les cas extrêmes, s'il maltraite son enfant, s'il lui donne des exemples pernicieux, s'il l'abandonne, matériellement ou moralement, il peut être privé, par les tribunaux, de tout ou partie de ses prérogatives; il peut être *déchu de la puissance paternelle*, intégralement ou bien pour ce qui concerne tel ou tel attribut (*Inf.*, n° 1115); il est donc assujetti à un *contrôle judiciaire*.

1032. — 4° Ce n'est pas tout; la jurisprudence lui fait un devoir d'user de ses pouvoirs conformément au but en vue duquel ils lui ont été conférés; il doit rester dans la ligne, dans l'esprit de l'institution, sinon il n'use pas de ces prérogatives, il en *abuse* et il engage éventuellement sa responsabilité, alors même, — la remarque est essentielle — que la faute qu'il a commise n'entraînerait pas, ne serait pas de nature à entraîner la déchéance, même partielle, même facultative de sa puissance. La vaste théorie de l'*abus des droits* intervient ici, comme en presque toute matière, pour ajouter aux frontières objectives de l'institution des limitations d'ordre subjectif; nous la rencontrerons et nous la verrons à l'œuvre, chemin faisant, en étudiant les différents attributs de la puissance paternelle, qu'il s'agisse du droit de correction, de droit de garde et d'éducation, du droit d'émancipation ou du droit de consentir ou non au mariage de l'enfant; dans ces différentes directions et sous ces divers aspects, on voit s'affirmer la même idée et s'imposer la même directive : la puissance paternelle doit être exercée dans l'intérêt de l'enfant; les actes par lesquels elle s'affirme doivent répondre au vœu de la loi, non seulement en eux-mêmes, mais si on les envisage dans leur genèse et dans leur but, dans les *mobiles* qui les ont inspirés et dans leur *finalité* : toute cette institution de la puissance paternelle est profondément imprégnée du concept de *l'abus des droits* qui vient l'assouplir et la moraliser en la marquant au coin d'un altruisme salutaire. La longue évolution

qui s'est accomplie au cours des siècles peut être caractérisée en peu de mots : la puissance paternelle, que les anciens Romains concevaient comme un *droit absolu à esprit égoïste*, s'est transformée peu à peu en un *droit relatif à esprit altruiste*, causé dans l'intérêt de l'enfant et, par derrière lui, dans celui de la famille. (L. Josserand : *De l'esprit des droits*, n^os^ 65 et suiv.; 305 et suiv.)

N° 2. *Qui est investi de la puissance paternelle (Attribution et transfert)*

1083. I. Principe. — L'autorité paternelle *appartient* conjointement au père et à la mère (art. 372), mais le père seul en a l'*exercice* durant le mariage (art. 373), tout au moins en temps normal; ainsi se trouve assurée l'unité de direction qui est hautement désirable; l'autorité paternelle est commune entre les parents quant à la possession, mais elle constitue le monopole du père quant à sa réalisation; les droits de la mère sont à l'état latent aussi longtemps que ne surgit pas telle ou telle complication.

1084. Droits de la mère. — Il advient cependant que les droits de la mère s'affirment pratiquement à l'occasion d'une décision à prendre, notamment pour le *mariage* de l'enfant (art. 148 et 151, *Sup.* n° 729) et pour son *adoption* (art. 348, *Inf.* n° 1303) : dans le premier cas, le consentement de la mère suffit, depuis la loi du 17 juillet 1927, à rendre possible le mariage de l'enfant mineur; dans le deuxième, il est indispensable à la validité de l'adoption.

En outre, et d'une façon plus générale, la mère est particulièrement qualifiée pour exercer un contrôle sur l'usage que le père fait de ses prérogatives; elle peut s'adresser aux tribunaux pour obtenir soit la déchéance de la puissance paternelle contre son mari, soit, sans recourir à cette mesure extrême, les mesures propres à sauvegarder les intérêts des enfants. (Paris, 8 fév. 1912, *D. P.* 1912, 2, 273, note Planiol, *S.* 1914, 2, 209, note L. Hugueney.)

1085. Droits des ascendants. — Les ascendants autres que le père et la mère ne sont jamais investis de la puissance paternelle envisagée dans sa plénitude, et quand bien même l'enfant aurait perdu ses deux auteurs. (Montpellier, 29 juin 1927, *D. P.* 1930, 2, 91, note Dallant.) Il y a cependant lieu de noter :

1° Que la loi leur confère certaines *prérogatives précises*, en petit nombre d'ailleurs : ils peuvent, de leur seule auto-

rité, accepter une *donation entre vifs* adressée au mineur, et cela *du vivant même des parents* (art. 935, § 3); d'autre part, mais seulement *si les parents sont morts ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté*, ils sont qualifiés pour consentir au *mariage* de leur descendant mineur (art. 150, § 1; *Sup.* n° 730); ils peuvent être investis de la *tutelle légale* (*sup.* n° 366); enfin, ils sont qualifiés, mais seulement à défaut du père et de la mère, pour faire opposition au mariage de leur descendant (art. 173; *sup.* n^os^ 755 et s.);

2° La jurisprudence reconnaît aux ascendants des *droits moraux* se traduisant par un *devoir de respect* dont leurs descendants sont tenus envers eux et aussi par le droit d'entretenir avec eux des relations suivies, sous forme de visites ou de correspondances, ou même de séjours périodiques, droit à l'exercice duquel les parents ne sauraient s'opposer sans *juste motif* et à peine de commettre un *abus de la puissance paternelle*. (*Req.*, 12 juill. 1870, *D. P.* 1871, 1, 218, *S.* 1871, 1, 28; Civ., 26 juill. 1870, *D. P.*, 1871, 1, 217, *S.*, 1871, 1, 28; Req., 12 fév. 1894, *D. P.*, 1894, 1, 218, *S.*, 1894, 1, 240; Civ. 6 juill. 1931, *S.* 1931, 1, 391; *D. P.* 1931, 1, 121; Paris, 5 août 1908, *S.*, 1908, 2, 280, *D. P.*, 1908, 2, 288; Aix, 15 mars 1929, *D. P.* 1930, 2, 111, note Nast; trib. civ. Seine, 28 juill. 1931, *S.* 1931, 2, 237; Amiens, 7 fév. 1934, *D. P.*, 1934, 2, 57, et la note, *S.*, 1934, 2, 161); enfin par le droit de surveiller la santé morale et physique de l'enfant (Req. 3 juill. 1912, *S.*, 1912, 1, 512) et de poursuivre contre le père indigne la déchéance de la puissance paternelle;

3° La loi du 24 juillet 1889 prévoit la déchéance de la puissance paternelle, non seulement pour les père et mère, mais aussi pour les *ascendants*, ce qui suppose que ceux-ci peuvent être investis d'une sorte de puissance paternelle réduite (art. 1^er^).

On doit donc conclure que les ascendants, autres que les père et mère, sont investis d'une puissance paternelle secondaire, qui n'est pas la puissance paternelle proprement dite, qui en constitue du moins un diminutif, une réduction, qui ne lui est pas subsidiaire à tous égards et qui comporte encore, pour ceux qui la détiennent, des attributs nombreux et effectifs.

1086. II. Influence de certaines éventualités exceptionnelles sur l'attribution de la puissance paternelle. — Ce n'est pas toujours et nécessairement que le père détient la puissance paternelle; il arrive qu'elle lui échappe, plus ou moins complètement, en général pour passer effec-

tivement à la mère; dans cet ordre d'idées, un certain nombre d'éventualités sont à envisager : *décès*, *déchéance*, *absence*, *folie*, *éloignement*, *divorce* et *séparation de corps*, *séparation de fait*, *adoption*. Voyons comment la puissance paternelle réagit en pareilles occurrences.

1° *Décès du père.* — Au décès du père, la mère est investie *de plein droit* de l'exercice de cette puissance qui ne lui appartenait jusque-là que théoriquement, à l'état latent; cet exercice lui est dévolu désormais dans toute sa plénitude, sans qu'il ait pu dépendre du père d'en tempérer l'intensité : la puissance paternelle est d'ordre public, elle échappe à l'action des volontés particulières, aussi bien lorsqu'elle est attribuée à la mère que lorsqu'elle est concentrée entre les mains du père.

2° *Déchéance.* — Si le père est intégralement déchu de la puissance paternelle, la mère en est aussitôt investie, sauf décision contraire du tribunal (L. 24 juill. 1889, art. 9; *Inf.* n° 1132).

3° *Absence.* — Si le père est en état d'*absence*, au sens juridique du mot, l'article 141 accorde à la mère la surveillance des enfants mineurs, et il ajoute qu' « *elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens* ». La formule est assez large pour qu'on y lise une consécration de la dévolution, au profit de la femme, de la puissance paternelle envisagée dans son ensemble, avec tous les attributs qu'elle comporte, y compris le droit de *jouissance légale* qui n'est cependant pas l'objet d'une mention spéciale, mais qui constitue la contre-partie des charges inhérentes à l'éducation de l'enfant et à l'administration de son patrimoine. Cependant, un parti important soutient que la jouissance légale n'appartient à la mère qu'autant que l'absence du mari a été *déclarée*, mais non pendant la période de présomption d'absence, au cours de laquelle elle n'administrerait que comme déléguée ou mandataire de son mari; l'absence venant à être ensuite déclarée, les revenus des biens de l'enfant lui seraient d'ailleurs attribués, dans cette opinion, rétroactivement et à dater de la disparition ou des dernières nouvelles.

4° *Folie, éloignement du père.* — On admet, pour des raisons de nécessité pratique, que la mère peut alors exercer la puissance paternelle; on peut argumenter en ce sens et par analogie de l'article 141, comme aussi de l'article 2 C. com. modifié par la loi du 28 mars 1931 : d'après ce dernier texte, la mère est qualifiée pour autoriser son enfant, mineur émancipé, à faire le commerce, lorsque le père est interdit, et, plus généralement, s'il est dans l'impossibilité d'exercer

la puissance paternelle. Pour éviter toute difficulté, pendant la guerre mondiale, une loi du 3 juillet 1915 avait accordé expressément une délégation de la puissance paternelle aux femmes des mobilisés.

5° *Divorce et séparation de corps.* — Nous avons précédemment exposé l'influence exercée sur la puissance paternelle par le *divorce* (*sup.* n^os^ 977 et suiv.) et par la *séparation de corps* (*sup.*, n° 995).

6° *Séparation de fait.* — La puissance paternelle n'est pas directement influencée par la séparation de fait des époux; l'exercice continue à en appartenir au père, quels que soient ses torts et réserve faite de la possibilité de faire prononcer contre lui la déchéance, dans les cas extrêmes. Cependant, il est curieux que notre jurisprudence ait eu à intervenir pour réprimer les *abus* dont la puissance paternelle pourrait être l'occasion en pareille occurrence, notamment lorsque le père éloigne les enfants de leur mère afin de peser sur la volonté de celle-ci et de la contraindre au divorce; il détourne alors le droit de sa destination, il va à l'encontre de l'esprit de l'institution; en conséquence, la garde des enfants pourra lui être enlevée (Paris, 8 février 1912, *D. P.*, 1912, 2, 273, note Planiol, *S.*, 1914, 2, 209, note L. Hugueney).

6° *L'adoption.* — L'enfant passe, par l'effet de l'adoption, sous la puissance paternelle de l'adoptant (art. 352, modif. par la loi du 19 juin 1923).

1087. Délégation judiciaire de la puissance paternelle. — La loi du 24 juillet 1889 a institué un système de délégation de l'autorité paternelle *par voie judiciaire*; aux termes de l'article 17, lorsque des enfants ont été remis *volontairement* à des administrations d'assistance publique, à des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, voire même à des particuliers jouissant de leurs droits civils, le tribunal du domicile des père, mère ou tuteur peut, à la requête des parties intéressées, agissant conjointement, déléguer la puissance paternelle à l'*Assistance publique* et en remettre l'exercice à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant. La restitution de l'enfant peut être refusée aux parents par l'Assistance publique qui a la faculté soit de le garder, soit de procéder à des « *remises d'essai* » au cours desquelles sa surveillance continue à s'exercer pendant un an au moins, la remise ne devenant définitive qu'à l'expiration de ce délai (L. 27 juin 1904, *sur le service des enfants assistés*, art. 17, voy. *inf.*, n° 1136).

N° 3. *Qui est soumis à la puissance paternelle*

1088. — La puissance paternelle s'exerce sur tous les enfants légitimes mineurs de vingt et un ans et non émancipés; il n'y a pas à distinguer, quant au principe du moins, selon la situation de famille de l'enfant : comme nous l'avons indiqué, la puissance paternelle survit à la disparition de l'un des auteurs de l'enfant; elle est alors exercée par le survivant, non pas en qualité de tuteur, mais en tant que père ou mère.

Lorsque les père et mère sont décédés, la puissance paternelle ne remonte pas aux ascendants plus éloignés; sans doute, ceux-ci peuvent être investis de la tutelle (*sup.*, n° 366); mais les pouvoirs qui leur appartiennent en tant que tuteurs sont notablement plus réduits que ceux dont ils seraient investis si la puissance paternelle leur eût été transmise (*sup.*, n° 404).

N° 4. *Attributs et charges de la puissance paternelle*

1089. Idée générale. — La puissance paternelle constitue un rapport obligatoire central d'où irradient une foule de droits et de devoirs, tous institués et aménagés, non dans l'intérêt du titulaire, mais dans celui du sujet passif, en dernière analyse tout au moins : on a coutume de les désigner sous le nom d'*attributs de la puissance paternelle*, et cette terminologie est sans inconvénient pour qui discerne les charges et les devoirs auxquels correspondent ces prérogatives.

Ces attributs sont à classer dans deux catégories, selon qu'ils intéressent la *personne* de l'enfant ou bien son *patrimoine*.

I. Attributs intéressant la personne de l'enfant

1090. Attributs spéciaux et attributs généraux. — Certains attributs sont à forme *très spéciale* et se concrétisent dans le droit de consentir à des actes déterminés intéressant presque tous au premier chef la personne de l'enfant :

1° Droit de consentir à son *émancipation* (art. 477, *sup.* n° 325);

2° A son *mariage* (art. 148 et suiv., *sup.* 729);

3° A son *engagement dans les armées de terre ou de mer* (L. 31 mars 1928, art. 61; *sup.*, n° 317);

4° A son *adoption* (art. 348, qui exige le consentement des deux parents);

5° Pour l'habilitation du mineur émancipé à *faire le commerce*, voy. le C. com. art. 2, modifié par la loi du 28 mars 1931 (*sup.* n^os^ 499*bis* et 1086).

Nous laissons de côté ces manifestations épisodiques de la puissance paternelle pour ne retenir que les droits et les obligations qui présentent un caractère de *permanence* et de *généralité* : ils ont trait *à la garde et à la surveillance de l'enfant*, à son *éducation*, à son *entretien*, et ils trouvent leur sanction notamment dans un *droit de correction* qui, singulièrement adouci et transformé par un décret-loi du 30 octobre 1935, est devenu, en réalité, un *droit d'amendement et de réformation*.

1091. I. Droits de garde et de surveillance. — L'enfant, aussi longtemps qu'il est mineur non émancipé, est soumis à la *garde* et à la *surveillance* de son père dont l'autorisation lui est nécessaire pour quitter la maison paternelle (art. 374).

Cette garde et cette surveillance représentent, pour le père, des devoirs autant et plus que des droits; l'*abandon d'enfant* constitue un délit prévu et réprimé par la loi pénale (C. pén., art. 348 et suiv., 1, 7 avril 1898); d'autre part, le père et, après son décès la mère, sont responsables de plein droit des dommages causés par leurs enfants mineurs habitant avec eux (art. 1384); ils courent donc des risques très sérieux en négligeant de garder et de surveiller leurs enfants.

La loi et la jurisprudence leur fournissent d'ailleurs les moyens de s'acquitter des obligations qui leur incombent dans cette direction :

1° L'enfant mineur non émancipé est *domicilié* de droit chez son père (art. 108, *sup.*, n° 232);

2° Le père est investi du droit de *correction* que nous décrirons plus loin (*inf.*, n^os^ 1094 et suiv.);

3° Il peut solliciter le secours de la *force publique* pour assurer, de la part de l'enfant indiscipliné, la réintégration du domicile paternel, *manu militari;* en cas d'urgence, la décision est susceptible d'être prise par la voie expéditive du *référé*, c'est-à-dire à l'aide d'une ordonnance rendue par le président du tribunal. (Orléans, le 12 août 1897, *D. P.*, 1899, 2, 60; Pau, 1^er^ février 1906, *S.* 1906, 2, 80, *D. P.* 1906, 2, 367; Paris, 3 janv. 1917, *D. P.* 1917, 2, 37);

4° Si l'enfant est retenu par un tiers, le père peut agir contre celui-ci en dommages-intérêts et le faire condamner à une *astreinte*, c'est-à-dire à tant par jour, ou par semaine, ou par mois de retard apporté à la restitution; de plus, s'il y a eu *rapt*, le ravisseur encourt les peines édictées par les

articles 354 et suivants, C. pén. et par la loi du 14 janvier 1937, modifiant l'article 355 de ce code; il est à remarquer que, d'après l'article 357 du même code, modifié par la loi du 15 décembre 1901, le père ou la mère qui ne représentera pas un mineur dont la garde avait été confiée au conjoint ou à un tiers par un jugement intervenu au cours ou à la suite d'une instance en divorce ou en séparation de corps ou dans les circonstances prévues par les lois des 24 juillet 1889 et 19 avril 1828, sera puni d'emprisonnement et d'amende; si le coupable a été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans (même texte) (v. *sup.* n° 980*bis*).

1092. II. **Education.** — C'est aux parents, et spécialement à celui d'entre eux qui exerce la puissance paternelle, qu'incombe le devoir de veiller à l'*éducation*, au sens large du mot, de l'enfant mineur; à ce titre, ils décident du genre d'*instruction* qui doit lui être donnée, de la *confession religieuse* à laquelle il ressortira; ils veillent sur sa *formation morale*; ils lui choisissent une *carrière* et l'y préparent; ce sont eux-mêmes qui passent le *contrat d'apprentissage* (C. trav., liv. I, art. 3); ils surveillent ses *relations* et sa *correspondance* (Paris, 9 juill. 1913, *S.* 1914, 2, 48) et ses *lectures*.

Ces obligations ne sont pas purement platoniques; outre les *sanctions d'ordre général*, dont la plus rigoureuse serait la déchéance de la puissance paternelle, on trouve dans les lois des *sanctions spécialisées, appropriées* à la faute commise, telles celles qui figurent, pour assurer la fréquentation de l'école primaire (admonestation, affichage, peines de simple police) et qui sont d'ailleurs inappliquées, pour des raisons d'ordre surtout électoral.

1093. III. **Entretien.** — L'obligation d'entretien est inscrite dans l'article 203 d'après lequel « *les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». Loysel disait déjà : « *Qui fait l'enfant le doit nourrir.* »

Il est à remarquer :

1° Que cette obligation n'existe effectivement, pécuniairement, qu'autant que l'enfant n'a point de ressources suffisantes; c'est alors seulement que les parents doivent prendre sur leurs ressources propres (Civ., 30 nov. 1910, *D. P.*, 1912, 1, 74);

2° Que la dette pèse, non seulement sur celui des parents qui a la puissance paternelle, mais sur les deux auteurs, *conjointement* et non solidairement, encore que pour le

tout, sauf d'ailleurs règlement à intervenir entre eux, en vue d'aboutir à une répartition équitable du fardeau définitif de la dette (*inf.* n° 1167);

3° Qu'elle n'incombe qu'aux seuls parents; elle leur est strictement *personnelle* et n'est pas transmissible, à leur décès, à leurs héritiers; si d'aventure un tiers avait pourvu à l'entretien de l'enfant, il pourrait se réclamer de la notion de *gestion d'affaires* pour obtenir le remboursement des frais par lui exposés, réserve faite du cas où ce tiers aurait agi dans une pensée de bienfaisance et de libéralité.

Cette sanction éventuelle et exceptionnelle n'est pas la seule : le père ou la mère qui manquent à leur obligation d'entretien encourent la *déchéance* de la puissance paternelle (l. 24 mai 1889, art. 2 *in fine*); ils s'exposent à voir pratiquer par le conjoint une *saisie-arrêt* dans les termes de la loi du 13 juillet 1907, art. 7 et suiv.; enfin, ils encourent, à l'occasion, les pénalités rattachées à l'*abandon de famille* lorsque les éléments constitutifs de cette infraction se trouvent réunis (*inf.*, n° 1163).

1094. IV. Droit de correction (*placement de l'enfant par autorité de justice*). — Le père ou, à son défaut la mère, peuvent assurément infliger à leurs enfants indociles, paresseux ou vicieux, des réprimandes et aussi des punitions, de légers châtiments corporels, à la condition de ne pas commettre des excès qui seraient susceptibles d'entraîner la *déchéance* de leur puissance (l. 24 juillet 1889, art. 2 — 6°), et même l'application de sanctions d'*ordre pénal* (C. pén., art. 309 et suiv.; l. 19 avril 1898, art. 4). Mais ce ne sont pas des mesures de ce genre que le Code civil avait eu en vue en organisant le *droit de correction*, lequel consistait dans la faculté, pour celui qui a l'exercice de la puissance paternelle, de faire *incarcérer* l'enfant et de requérir à cet effet le secours de la force publique qui se mettait ainsi exceptionnellement au service d'un intérêt privé; mesure grave, mesure extrême, qui n'était employée qu'en désespoir de cause et à l'encontre des enfants rebelles à des procédés plus familiaux et plus doux : elle constituait l'*ultima ratio patris*; elle supposait que le père a « *des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant* »; en fait, elle était rarement utilisée (quelques centaines de cas par an, pour toute la France) et elle ne l'était guère que dans la partie la plus pauvre de la population.

Le législateur des décrets-lois a estimé que c'était encore trop et que l'institution elle-même était à réformer dans un sens humanitaire et adouci. Le décret-loi du 30 octobre 1935,

portant modification des articles 376 et suivants du Code civil, a bien laissé subsister le droit de correction : l'article 375 qui en contient le principe et qui le nomme, est demeuré intact; seulement, ce droit ne comporte plus, comme attribut et comme mode de réalisation, l'incarcération du mineur; à cette sanction brutale et avant tout répressive, on substitue une mesure plus humaine et qui tend essentiellement à l'amendement, au relèvement moral de l'enfant : sur l'initiative du père, le mineur sera, par autorité de justice, arrêté, pour être confié à un établissement ou à une personne qualifiée pour assurer sa garde et son éducation (art. 376 et 377 nouv. réd.). Tandis que « l'emprisonnement de l'enfant, loin de favoriser son amendement, n'est guère capable que d'aigrir son caractère et de provoquer chez lui les plus fâcheuses réactions » (*Exposé des motifs* du décret-loi), son séjour dans une maison d'éducation, dans une institution charitable, sera de nature à modifier sa mentalité, à redresser sa moralité; en pareille matière, et lorsqu'il s'agit de l'enfance et de la jeunesse, la sagesse est de guérir bien plutôt que de punir. Et ainsi, le droit de correction, bien que subsistant toujours en nom dans le Code civil, est devenu, en réalité, un droit d'amendement et de réformation, tandis que l'incarcération de l'enfant a disparu pour permettre son *placement par autorité de justice*.

En thèse générale et dans les grandes lignes, ce placement obéit d'ailleurs au statut même qui avait été établi, par le Code civil, pour l'incarcération de l'enfant; et, comme lui, il est précédé de l'*arrestation de l'enfant par autorité de justice*.

1095. Les deux variétés de placement. — Les articles 376 et suivants distinguent deux sortes de placement; l'un qui a lieu ou qui devrait avoir lieu *ad nutum*, à la volonté du père à qui on ne pourrait même pas demander les raisons de son mécontentement, et qui est *le placement par voie d'autorité*; l'autre qui n'intervient qu'à bon escient, pour justes motifs et après examen de la situation par l'autorité judiciaire : il y a alors *placement par voie de réquisition*, parce que c'est alors une simple *requête* qui est formulée par le père et à laquelle il dépend de l'autorité judiciaire de donner ou non satisfaction.

Le placement par voie d'autorité n'est possible, étant donné son caractère strict et discrétionnaire, que si une série de conditions sont réalisées; il est refusé : 1° si l'enfant a *quinze ans* accomplis; 2° s'il a des *biens personnels*; 3° s'il exerce un *état*; 4° si le père est *remarié*; 5° enfin, il

est complètement interdit à la mère, quand bien même elle aurait l'exercice de la puissance paternelle et qu'elle ne serait pas *remariée* (art. 376, 380, 381, 382).

C'est donc, en réalité, *le placement* par voie de réquisition qui constitue pratiquement le droit commun, car il arrive assez rarement qu'aucun des obstacles qui s'opposent au placement par voie d'autorité ne soit relevé dans l'espèce. D'ailleurs, en fait, l'opposition que le Code civil et le décret-loi de 1935 ont voulu établir entre les deux procédés est à peu près *inexistante*; la jurisprudence l'a supprimée purement et simplement, du moins en ce sens que, dans la pratique, le président du tribunal exigeait et continuera sans doute d'exiger des justifications du père, alors même que celui-ci agirait par voie d'autorité; et il faut bien convenir que cette jurisprudence trouve un point d'appui assez résistant dans l'article 375, aux termes duquel le recours aux mesures de correction n'est admis, sous quelque forme que ce soit, que si le père a *des sujets de mécontentement très graves*; encore faut-il que l'autorité judiciaire vérifie si cette condition essentielle est réalisée dans l'espèce, ce qui implique que le réclamant fait valoir des motifs à l'appui de sa prétention. Quoi qu'il en soit, voilà un droit que le législateur avait entendu comme un droit discrétionnaire absolu, non causé, et qui, grâce à l'influence et au développement de la théorie des *mobiles*, est transformé en droit conditionnel, relatif , doué d'une finalité déterminée; il comporte des *abus* possibles qui trouvent leur sanction naturelle et préventive dans le refus d'incarcération du mineur.

1096. Procédure. — L'enfant ne peut être arrêté, puis placé, que sur un ordre émanant du président du tribunal et délivré sur la demande au père. Les formalités sont réduites au strict minimum; il n'y a « *aucune écriture ni formalité judiciaire* » (art. 378, § 1). Cependant, il y a lieu de noter :

1° Qu'on exige du père ou de la mère l'engagement, par soumission écrite, « *de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables* » (art.3 78, § 2);

2° Que, si l'initiative est prise par la mère survivante, qui, on le suppose, a l'exercice de la puissance paternelle et qui, nous l'avons vu, *ne peut jamais agir que par voie de réquisition*, on exige, si elle n'est pas remariée, le concours les deux plus proches parents paternels de l'enfant; si elle est remariée, le consentement du conseil de famille (art. 381, §§ 1 et 2);

3° Que, si le placement est demandé par voie de réqui-

sition, des conclusions doivent être prises par le procureur de la République (art. 377);

4° Que l'ordre d'arrestation est un ordre écrit, mais dans lequel les *motifs de la mesure ne sont pas énoncés* (art. 378, § 1).

L'article 382 réserve, dans son deuxième alinéa, un recours à l'enfant contre l'ordre délivré par le président; la portée de cette disposition était débattue entre les auteurs, parce qu'elle fait suite à un alinéa visant les cas particuliers où l'enfant a des biens personnels ou exerce un état : est-ce donc seulement en de telles éventualités que le recours lui est ouvert? Comme les raisons d'une telle limitation n'apparaissent pas, on s'accordait ordinairement, sous l'empire du Code civil, à admettre le recours toutes les fois que l'incarcération était prononcée par voie de réquisition, mais dans cette éventualité seulement, ce qui constituait une nouvelle différence entre les deux types d'incarcération. Actuellement, et depuis la réforme opérée par le décret-loi, il semble que cette opposition ait pris fin; on peut, en effet, conclure de la lecture du rapport au chef de l'Etat, qui précède ledit décret, que le recours est ouvert à l'enfant en toute occurrence et sans aucune distinction tirée des conditions dans lesquelles le placement avait été ordonné par le président : il y a là une garantie qu'on a voulu lui réserver en tout état de cause.

Le recours est porté par l'enfant devant le procureur général; ce magistrat, après avoir pris l'avis du procureur de la République, présente son rapport au premier président de la cour d'appel; puis, « *après en avoir donné avis au père, à la mère ou au tuteur* », et après avoir recueilli tous les renseignements, il peut révoquer ou modifier les mesures prises par le président (art. 382, § 2). Antérieurement au décret-loi et d'après le Code civil, c'était au premier président qu'il appartenait de prendre une telle décision, et l'on peut douter qu'en transférant ce pouvoir au procureur général, les auteurs du décret-loi aient été heureusement inspirés : il est assez anormal de voir rapporter par le chef du Parquet général une mesure qui avait été prise par le président du tribunal civil, statutant en cette qualité.

Ce recours, qui n'est pas un véritable appel, ne suspend pas l'exécution de la mesure.

1097. Nature du placement. — L'incarcération du mineur, admise et aménagée par le Code civil, n'avait point le caractère d'une *peine*, au sens répressif du mot; on y voyait une mesure de correction, d'amendement, sans consé-

quences juridiques et qui ne devait pas laisser de trace, qui ne figurait donc pas au casier judiciaire.

A plus forte raison en va-t-il ainsi du placement que le décret de 1935 a substitué à l'incarcération et qui a lieu, par désignation du président du tribunal civil, soit dans une maison d'éducation surveillée, soit dans une institution charitable, soit encore auprès d'une personne « *agréée par l'autorité administrative ou les tribunaux et qui sera chargée d'assurer la garde et l'éducation de l'enfant* ». (Art. 376, nouv. réd.)

1098. Durée du placement. — La durée de la mesure prise dans l'intérêt de l'enfant est déterminée par le président du tribunal, en même temps qu'il délivre l'ordre d'arrestation, mais avec une limite nécessaire et infranchissable, représentée par le jour où l'enfant atteindra sa majorité (art. 376).

De plus, et dans l'intérieur des limites ainsi fixées, la mesure de garde peut toujours être *révoquée* ou *modifiée* par le président du tribunal agissant à la requête soit du procureur de la République, soit du père ou plus généralement de la personne qui avait sollicité le placement du mineur (art. 379). Le père peut donc recouvrer la garde de son enfant, du moins si le président agrée la sollicitation qu'il lui adresse à cet effet; car la décision appartient à ce magistrat, au lieu que, d'après le Code civil, le père était « toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise » (art. 379, anc. réd.).

1099. Avant et après la réforme. — La substitution du placement de l'enfant à son incarcération, encore qu'elle réalise une nouvelle atténuation à la puissance paternelle, mérite d'être approuvée; avec elle, l'idée de redressement, d'amendement, de réformation, prend le pas sur la conception répressive et disciplinaire; le nouveau régime est moins brutal et l'on peut espérer qu'il sera plus efficace que l'ancien; les bons procédés donnent parfois de meilleurs résultats que la manière forte, du moins s'ils sont utilisés avec discernement et clairvoyance.

Mais précisément parce que la nouvelle mesure est plus douce, pour l'enfant, que ne l'était l'ancienne, les auteurs du décret-loi ont pu en admettre plus libéralement l'emploi; cette tendance s'accuse dans différentes directions :

1° Alors que l'incarcération ne pouvait pas être obtenue par le père, pour une durée de plus d'un mois si l'enfant avait moins de quinze ans accomplis, pour une période de

plus de six mois si le mineur avait passé cet âge, le décret-loi admet que le placement soit prolongé, dans les deux éventualités, jusqu'à la majorité de l'enfant;

2° Tandis que la mère, après son remariage, ne pouvait pas demander que son enfant fût incarcéré, le nouvel article 381 lui permet de poursuivre le placement du mineur, au moins par voie de réquisition et après avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille;

3° Le père pouvait mettre fin, à sa volonté, à l'emprisonnement de son enfant; le nouvel article 379 lui permet seulement de solliciter cette mesure, la décision restant entre les mains du président du tribunal.

Ainsi, le système gagne en étendue d'application ce qu'il perd en rigueur et en intensité.

1100. Réglementations spéciales. — Des dispositions spéciales à la correction des *mineurs prostitués*, figurent dans la loi du 11 avril 1908, qui prévoit la remise de l'enfant à un établissement public ou privé, aménagé pour sa réforme, sur la demande du père, de la mère ou de toute personne ayant la garde régulière de l'enfant, et par décision du tribunal civil statuant en chambre du conseil (art. premier et 2 de la loi).

D'autre part, la loi du 28 juin 1904, modifiée par un décret-loi du 30 octobre 1935, confère à l'*Assistance publique* des moyens de correction énergiques à l'égard de ses *pupilles* particulièrement difficiles et vicieux, qui peuvent être confiés, par décision du tribunal statuant en chambre du conseil, à une œuvre ou à un établissement qualifié pour les recevoir, ou, à défaut, à l'administration pénitentiaire.

Enfin, il faut mentionner la loi du 23 décembre 1874, sur la protection des enfants du premier âge, modifiée par un décret-loi du 30 octobre 1935.

1101. Récapitulation. — 1° Différences entre le placement par voie d'autorité et le placement par voie de réquisition.

a) *Théoriquement*, le père n'aurait à donner les motifs de son initiative que dans le deuxième cas; *pratiquement*, le président en exige même lorsqu'il est saisi par voie d'autorité;

b) C'est seulement lorsque la demande est faite par voie d'autorité que le président doit conférer avec le procureur de la République;

c) La mère ne peut jamais demander le placement de son enfant par voie d'autorité;

d) Le père n'est admis à le réclamer que s'il n'est pas remarié (art. 380 cbn art. 377).

2° Différences suivant que le placement est demandé par le père ou par la mère.

a) Comme nous venons de le rappeler, le père seul peut agir par voie d'autorité;

b) La mère, qui ne peut jamais intervenir que par voie de réquisition, doit en outre s'assurer du concours des deux plus proches parents paternels (art. 381, § 1);

c) Remariée, elle doit, pour aboutir, avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille (art. 381, § 2); au lieu que le remariage du père n'entraîne à son égard d'autre sanction que l'impossibilité, pour lui, de recourir à la voie d'autorité (art. 380).

II. Attributs se référant au patrimoine de l'enfant

Jouissance légale

1102. Attributs spéciaux et attributs généraux. — Les père et mère sont investis de certaines prérogatives *spéciales* qui, à l'exemple de celles qui concernent la personne, se rattachent plus ou moins étroitement à la puissance paternelle; de ce nombre est le droit qui leur est attribué par la loi — ainsi qu'aux ascendants plus éloignés, d'ailleurs — d'accepter en cette qualité les donations entre vifs offertes à leurs enfants (art. 935, § 3).

Bien plus importants sont les *attributs généraux* qui, dans l'ordre patrimonial, sont au nombre de deux : le droit *d'administration légale* et le droit de *jouissance légale*.

L'administration légale a été précédemment étudiée, à propos de la capacité des personnes et par comparaison avec la tutelle des mineurs (*Sup.*, n^os^ 471 et suiv.); c'est donc la *jouissance légale* qui nous occupera seule à cette place.

1103. Définition et raison d'être de la jouissance légale. — *La jouissance légale* est le droit, pour le père ou pour la mère, de percevoir pour leur propre compte les revenus des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans, dont ils doivent, en retour, assurer l'entretien et l'éducation en conformité desdits revenus.

La *justification* de cet attribut de la puissance paternelle n'est pas aussi aisée que le croient nombre d'auteurs, sensibles à l'autorité de la tradition plutôt qu'à la force du raisonnement. Il est bien vrai que le bénéficiaire de cette prérogative est souvent administrateur légal des biens de son enfant mineur et l'on a voulu voir dans la jouissance légale

comme une rémunération attachée à l'administration du patrimoine de l'incapable; mais, outre que cette conjugaison des deux attributs de la puissance paternelle n'est nullement constante (*Inf.*, n° 1106), il n'est point dans la ligne de notre droit familial d'accorder un salaire aux parents qui s'occupent des intérêts pécunaires de leurs enfants : les fonctions du tuteur sont gratuites (*sup.*, n° 441), comme celles du subrogé tuteur ou du curateur. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il est à espérer que les intérêts de l'enfant seront mieux sauvegardés si la loi fournit aux parents les moyens matériels d'y pourvoir avec les ressources mêmes dont dispose le mineur qui sera ainsi traité, non pas selon la fortune de ses auteurs, mais eu égard à ses ressources propres.

1104. Plan. — Il faut déterminer :
1° *A qui* appartient la jouissance légale;
2° *Sur quels biens* elle porte;
3° Quelle en est la *nature juridique*;
4° Quelles *prérogatives* et quelles *charges* elle implique pour son titulaire;
5° Comment elle prend *fin*.

1105. I. A qui appartient la jouissance légale. Principe. — En règle générale, la jouissance légale, attribut de la puissance paternelle, appartient à qui a l'*exercice* de cette puissance, donc au *père* (art. 384, § 1), et, après son *décès*, à la mère (même texte).

Cas particuliers. — Si le mariage a été dissous par le *divorce*, la jouissance n'a pas lieu au profit de celui des parents contre qui le divorce a été prononcé (art. 386); d'où il résulte : 1. Qu'elle appartient au conjoint en faveur duquel la décision est intervenue; 2. Qu'elle disparaît complètement si le divorce a été prononcé aux torts et griefs des deux époux.

La *séparation de corps*, même prononcée contre le père, laisse subsister la jouissance légale à son profit; l'article 386, qui prononce une véritable pénalité civile pour le cas de divorce, comporte l'interprétation étroite (*Sup.*, n° 995).

Quant à l'*absence* et à la *folie* du père, nous nous sommes expliqué précédemment sur l'influence qu'elles exercent en ce qui concerne l'attribution de la puissance paternelle (*Sup.*, n° 1086).

1106. Indépendance de la jouissance légale par rapport à l'administration légale. — Les deux attributs de la puissance paternelle ne marchent pas de pair, mais

sont soumis à des statuts très différents, quant à leur durée et à leur attribution.

1° L'administration légale prend fin par le *décès* de l'un des parents de l'enfant; elle est alors remplacée par une tutelle (*Sup.*, n^os^ 342 et suivants); mais la jouissance légale subsiste : c'est même alors qu'elle revêt son importance pratique, car elle trouve un aliment dans les biens que l'enfant a recueillis dans la succession de son auteur prédécédé.

2° A l'inverse, l'administration légale ne prend fin, normalement, que par l'arrivée de l'enfant à l'âge de la majorité ou bien par son émancipation (*Sup.*, n° 480); mais la jouissance légale disparaît lorsqu'il atteint l'âge de dix-huit ans révolus (*Inf.*, n° 1114).

3° Au cas de *divorce* intervenu aux torts du mari, celui-ci demeure investi, en principe, de l'administration légale, mais la jouissance légale lui échappe nécessairement (art. 386; *Sup.*, n° 981).

1107. II. **Sur quels biens porte la jouissance légale. Principe.** — Ce sont *tous les biens* de l'enfant qui sont en principe soumis à la jouissance légale de ses parents : meubles et immeubles, biens corporels ou incorporels, consomptibles ou non par le premier usage : le droit du père se ramène ainsi à la conception d'une sorte d'*usufruit universel* (art. 384, § 1).

1108. Exceptions. — Il est cependant des biens qui échappent, à raison de leur origine, à l'emprise de cet attribut de la puissance paternelle.

1° Ce sont d'abord ceux que l'enfant acquiert « *par un travail et une industrie séparées* » (art. 387), c'est-à-dire distincts du travail et de l'industrie de ses parents, sans connexité avec eux : gages de domestique, appointements d'employé, cachets d'un artiste, traitement d'un fonctionnaire, l'argent *gagné* par l'enfant est intangible; il lui parvient libre de toute charge.

Mais les gains provenants du *jeu*, le *trésor*, voire même les bénéfices du commanditaire, ne jouiraient pas d'une telle immunité (Req., 10 déc. 1878, *D. I.*, 1879, 1, 224, *S.*, 1879, 1, 126).

2° *Biens donnés ou légués avec stipulation d'exclusion.* — Les biens que l'enfant acquiert à titre gratuit sont soumis au droit de jouissance paternel, mais il dépend du donateur ou du testateur d'en décider autrement, en stipulant qu'ils échapperont à cette charge (art. 387). La loi exige que la

volonté d'exclusion soit *expresse*; mais, en formulant cette règle, elle ne vise pas une clause sacramentelle ni même formelle; c'est assez que la volonté du disposant ressorte *clairement* de l'acte, de sa teneur générale, de son économie.

C'est une question très discutée que de savoir si la clause d'exclusion peut jouer même pour les biens compris dans la *réserve successorale* de l'enfant, à supposer que ce dernier eût la qualité d'héritier réservataire par rapport à son bienfaiteur, c'est-à-dire, pratiquement, par rapport au prémourant de ses auteurs; si, par exemple, la mère qui lègue des biens à son fils, peut stipuler qu'ils échapperont à la jouissance du père, même dans la mesure où ils constitueraient la réserve que la loi accorde à l'enfant dans la succession maternelle. Les termes généraux de l'article 387 sont favorables à la validité de cette disposition; d'autre part, on fait observer que la réserve héréditaire est instituée dans l'intérêt de l'enfant et qu'elle ne saurait donc être retournée contre lui; or, l'enfant a intérêt à recueillir des biens qui ne soient grevés d'aucune charge; en d'autres termes, la clause litigieuse, dans la mesure où elle affecte des biens réservataires, n'est nullement destructive ou restrictive de la réserve de l'enfant dont elle améliore au contraire sensiblement la situation (*Sic.*, SAVATIER, n° 360). Cependant la jurisprudence, après avoir longtemps hésité, se prononce maintenant en faveur de la solution restrictive en s'appuyant sur ce que les biens compris dans la réserve de l'enfant lui sont attribués, en réalité, non par la volonté du disposant, mais par celle de la loi. (Req. 11 nov. 1828, *motifs*, D. *Jur. gén.*, V° *Disp. entre-vifs*, n° 122; trib. Yvetot, 23 juillet 1885, sous Rouen, 12 fév. 1887, *D. P.* 1889, 2, 181.)

3° Lorsqu'un enfant vient à une succession que ses parents ou l'un d'eux n'ont pu recueillir à raison de leur *indignité*, les biens qui lui sont ainsi attribués, de son propre chef et *omisso medio*, échappent à la jouissance légale de l'indigne; il ne faut pas que celui-ci recueille, par un détour, les revenus des biens dont la loi a entendu le priver (art. 730).

1109. III. Nature juridique du droit de jouissance légale.

1° Ce droit a un caractère *universel*; il porte sur l'ensemble des biens de l'enfant; il emporte donc, pour son titulaire, l'obligation de faire face au passif correspondant, et cela par application du droit commun en matière d'usufruit (art. 612).

2° La jouissance légale n'est qu'un des attributs de la

puissance paternelle; elle a un *caractère familial* très accusé; sans aller jusqu'à dire, avec certains auteurs, qu'elle soit de nature purement extra-patrimoniale, ce qui serait bien invraisemblable pour un droit dont l'exercice se traduit par un *émolument*, par un profit matériel, on peut reconnaître qu'elle se trouve en quelque sorte à cheval sur le droit de la famille et sur le droit des biens; elle ne pénètre dans le patrimoine de son titulaire que par le canal de la puissance paternelle et cette origine familiale commande à de très nombreuses particularités.

a) La jouissance légale est *incessible*; elle est inséparable de la puissance paternelle, elle-même incessible, dont elle constitue l'un des attributs;

b) Pour la même raison, elle est *insaisissable*, du moins en ce sens que les revenus des biens de l'enfant ne peuvent être saisis par des créanciers personnels du père ou de la mère *dans la mesure où ils correspondent à l'entretien et à l'éducation des enfants*;

c) Elle n'est donc pas susceptible d'*hypothèque*, même dans la mesure où elle affecte des immeubles;

d) Elle comporte des *charges* qui lui sont particulières et qui existent en considération de la puissance paternelle à laquelle elle est rattachée;

e) En revanche, elle bénéficie d'immunités qui s'expliquent par les mêmes raisons : *dispense* pour son détenteur de fournir *caution* (601); de payer aucun *droit de mutation*; inapplicabilité de l'article 599 aux améliorations effectuées par les parents sur les biens de leurs enfants et possibilité pour eux d'obtenir, de ce chef, le remboursement de la plus-value (*Inf.*, n° 1926).

1110. Le droit de jouissance légale est une variété de l'usufruit. — Tant de particularités ont fait douter que la jouissance légale fût un usufruit, voire même un droit réel; on a insinué qu'il serait « *droit de créance plutôt que droit réel* » (Rennes, 24 fév. 1902, *S.*, 1903, 2, 66). Mais cette conception n'a jamais prévalu; l'argument tiré des caractères spécifiques de ce droit n'est nullement convaincant, car il existe d'autres droits qui ne sont ni cessibles, ni saisissables, ni susceptibles d'hypothèques et dont le caractère réel est cependant hors de doute (*usage, habitation*, art. 631 et 634; *inf.*, n° 1960). En réalité, il s'agit ici d'un usufruit d'un type très particulier, que la loi soumet, sous le nom de *droit de jouissance*, à un statut exceptionnel parce qu'il est inhérent à la puissance paternelle dont il constitue l'un des principaux attributs; d'un *usufruit approprié, conçu*

sur le type familial, qui n'est valable que dans le cercle de la famille hors des limites duquel il perdrait sa raison d'être et ne saurait être transporté, droit pécuniaire sans doute, mais strictement attaché à la personne et voué à un objectif précis.

Mais il n'en reste pas moins qu'en principe les règles de l'usufruit lui sont applicables, en tant qu'elles ne sont pas éliminées par la nature familiale de l'institution. (Civ., 27 janv. 1904, 1er arrêt, *D. P.*, 1904, 1, 521.)

1111. IV. **Prérogatives et charges impliquées par la jouissance légale.**

Principe. — En thèse générale, les règles de l'usufruit sont donc applicables à la jouissance légale, tant pour ce qui est des prérogatives que pour ce qui concerne les charges.

C'est ainsi que le père acquiert les *fruits civils* jour par jour et les *fruits en nature* par la séparation (*Inf.*, nos 1889 et 1900); ainsi encore que ses pouvoirs en matière de *baux* sont exactement ceux qui appartiennent à un usufruitier ordinaire (*Inf.*, n° 1903); ainsi enfin qu'il doit faire *inventaire* (*Inf.*, nos 1877 et suiv.) et acquitter les *intérêts* des dettes de l'enfant (*Inf.*, n° 1914) et, d'une façon générale, satisfaire à toutes les *charges* incombant à un usufruitier ordinaire (art. 385, 1°).

1112. — Mais, à côté de ces charges de droit commun, le détenteur de la jouissance légale connaît des charges supplémentaires qui tiennent à l'origine et à la raison d'être de son droit; elles sont énumérées dans l'article 385.

1° *Nourriture, entretien et éducation des enfants, selon fortune.* — Cette formule veut être comprise exactement. Les parents sont déjà tenus d'une *obligation d'entretien*, aux termes de l'article 303; la dette que nous décrivons ici est tout autre chose: 1. A la différence de la première, elle existe, non pas lorsque l'enfant n'a pas de ressources personnelles, mais dans le cas où il en est pourvu. Bien entendu, il y a entre les deux obligations, un rapport d'interdépendance : dans la mesure où la deuxième s'exécute grâce aux ressources de l'enfant, la première, à laquelle les parents devraient faire face avec leurs ressources propres, se trouve réduite d'autant; 2. Mais il faut bien observer — et c'est une seconde différence entre les deux obligations parallèles — que la dette de l'article 385, précisément parce qu'elle représente une charge de la jouissance légale, peut avoir une étendue plus considérable que celle de l'article 303; l'usufruitier légal doit pourvoir à l'entretien et à l'éducation

des enfants « *selon leur fortune* », c'est-à-dire, et c'est très juste et très logique, selon l'importance de son émolument; si, au contraire, les parents font face à la situation avec leurs ressources personnelles et conformément à l'article 303, ce sont ces ressources-là qui constituent l'élément de comparaison et non plus celles de l'enfant qui, par hypothèse, sont inexistantes ou, du moins, insuffisantes;

2° *Arrérages ou intérêts des capitaux.* — L'article 385 vise, par cette formule, non pas seulement les intérêts échus au cours de la jouissance, intérêts dont le service incombe déjà au père ou à la mère par application des règles générales de l'usufruit (art. 612, *inf.*, n° 1914), mais aussi les intérêts précédemment échus, avant l'ouverture de leur droit de jouissance : c'est tout l'*arriéré* qu'ils devront solder en vertu de cette disposition;

3° *Frais funéraires et de dernière maladie.* — Il s'agit ici, non pas des frais de maladie de l'enfant lui-même, lesquels rentrent dans les frais d'entretien, ni de ses frais funéraires qui incombent à sa succession, mais bien des frais de la dernière maladie et de la mort de la personne dont l'enfant a recueilli la succession, c'est-à-dire de son père ou de sa mère.

1113. — Comme on le voit, les charges incombant à l'usufruitier légal sont nombreuses et peuvent être assez lourdes, en sorte que le droit de jouissance ne sera pour lui que d'un maigre profit; il est, pour ainsi dire, un *usufruitier à titre onéreux*; et c'est seulement dans la mesure où les ressources de l'enfant excéderont le montant des charges énumérées qu'il réalisera un gain, dans la mesure aussi où les dits revenus serviront à éteindre indirectement l'obligation alimentaire de l'article 303. Dans ces conditions, on comprend que les parents échappent à l'acquittement de *tous droits d'enregistrement* : c'est pour qu'ils s'acquittent plus aisément et plus volontiers de leurs devoirs que le droit de jouissance légale leur est conféré et non point pour réaliser un bénéfice problématique et d'ailleurs difficilement justifiable.

1114. V. **Comment la jouissance légale prend fin.** — Les causes d'extinction de la jouissance légale sont à classer dans trois catégories;

1° Il y a d'abord les causes qui mettent fin à un *usufruit ordinaire*;

2° Il y a ensuite celles qui éteignent la *puissance paternelle*;

3° Enfin celles qui ne touchent qu'à la seule *jouissance légale*.

A. *Causes qui mettent fin à un usufruit ordinaire.* — Elles éteignent également le droit de jouissance légale qui est traité, en principe, comme un véritable droit d'usufruit. Il faut signaler, dans cet ordre d'idées, le *décès de l'usufruitier* (*Inf.*, n° 1932), l'*abus de jouissance* (*Inf.*, n° 1941), et la *renonciation* (*Inf.*, n° 1937); il est admis, en effet, que le père ou la mère peuvent renoncer à la jouissance dont la loi les investit; ils échappent alors aux charges corrélatives, mais ils sont comptables de tous les revenus de leur enfant (Civ., 24 janv. 1900, *motifs*, *D. P.*, 1900, 1, 320, *S.*, 1901, 1, 361).

B. *Evénements qui mettent fin à la puissance paternelle.* — La jouissance légale simple attribut de celle-ci, ne saurait lui survivre; elle disparaît donc :

1° Par le *décès* de l'enfant;

2° Par son arrivée à l'âge de la *majorité*;

3° Par son *émancipation*;

4° Par la *déchéance* de la puissance paternelle, à supposer du moins qu'elle soit totale.

C. *Causes qui n'agissent que sur la seule jouissance légale.* — 1° L'enfant atteint l'âge de *dix-huit* ans; la jouissance légale prend alors fin automatiquement (art. 384, § 1);

2° Celui des parents contre qui le *divorce* est prononcé perd le droit de jouissance légale (art. 386; *sup.*, n° 981);

3° L'usufruitier légal n'accomplit pas les charges qui lui sont imparties à ce titre; il manque, totalement ou en partie, à son devoir d'entretien ou d'éducation. Il est certain que le tribunal a alors la faculté de lui retirer le droit de jouissance tout en le laissant en principe investi de la puissance paternelle (L. 24 juill. 1889, art. 2 modifié par la loi du 15 nov. 1921);

4° Le conjoint survivant a négligé de faire inventaire des biens de la communauté conjugale, après le décès du prémourant; à titre de pénalité civile, il est privé de la jouissance des biens des enfants mineurs non émancipés (art. 1442, § 2).

N° 5. *Comment la puissance paternelle prend fin*

(DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE)

1115. Bibliographie. — Léon LALLEMAND, *La question des enfants délaissés et abandonnés au XIX^e^ siècle*; TESTOUD, *Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et*

la loi du 24 juill. 1889, *Rev. crit.*, 1891, pp. 16 et suiv.; CHARMONT, *La loi du 24 juill. 1889*, *Rev. crit.*, 1891, p. 511; thèses DRUCKER, 1895, GALLOIS, 1899, LAMPÉRIÈRE, 1910; SABATIER, *La déchéance de la puissance paternelle et la privation du droit de garde*.

1116. Enumération. — Normalement, la puissance paternelle prend fin par l'arrivée de l'enfant à l'âge de la *majorité* (art. 372); plus rarement, par son *émancipation*, tacite ou expresse (même texte, *sup.*, n^os^ 323 et suiv.); et, à titre tout à fait exceptionnel, par un *transfert* (titre II de la loi du 24 juill. 1889), ou par la *déchéance*; mais *non par le divorce ou par la séparation de corps* dont l'influence limitée a été précédemment étudiée (*sup.*, n^os^ 977 et suiv.; 955).

C'est la *déchéance* qui doit être spécialement examinée à cette place.

1117. Le caractère intangible de la puissance paternelle sous le Code civil. — Le Code civil n'avait pas prévu que la puissance paternelle pût être enlevée, même en cas d'absolue nécessité, à qui négligeait de l'exercer ou en faisait un usage dangereux; elle résistait à tout, même aux exemples pernicieux, aux mauvais traitements, à l'abandon; sa *déchéance* n'avait été ni organisée, ni même envisagée par les rédacteurs, et il faut bien convenir que cette mesure, d'une gravité exceptionnelle, apparaît comme une violence faite à la nature.

1118. La jurisprudence et le contrôle judiciaire de la puissance paternelle. — Cette violence, notre jurisdence ne crut pas pouvoir l'exercer de sa seule autorité : respectueuse de la volonté législative et prisonnière de la lettre du Code civil, elle se refusa toujours à enlever aux parents une puissance que le législateur de 1804 avait considérée comme intangible. Mais ce n'est pas à dire qu'elle déserta en cette occurrence sa mission habituelle et qu'elle se résigna à sacrifier au dogme de l'intangibilité de l'autorité paternelle les intérêts les plus pressants de l'enfance malheureuse ou abandonnée. Si elle ne se reconnut pas le pouvoir, dans le silence des textes, d'enlever au père indigne la puissance paternelle elle-même, elle se crut autorisée, en cas de nécessité, à amputer cette puissance d'un de ses attributs les plus effectifs et les plus dangereux en privant le père du droit de *garde* et de ses corollaires, les droits de *surveillance* et d'*éducation*, pour en investir soit la mère,

soit une personne de la famille, soit un établissement charitable ou une maison d'éducation; nombreuses furent les décisions qui intervinrent en ce sens et qui reçurent l'approbation de la Cour suprême (Req., 15 mars 1864, *S.*, 1864, 1, 155, *D. P.*, 1864, 1, 301; 27 janv. 1879, *S.*, 1879, 1, 464, *D. P.*, 1879, 1. 223); l'illégalité stricte de cette pratique ne faisait aucun doute, encore qu'elle se réclamât de la tradition établie par nos anciens Parlements qui se reconnaissaient déjà un droit de regard et de contrôle sur la puissance paternelle et comme une sorte de surintendance destinée à conjurer les abus et à sauvegarder les intérêts de l'enfant; quant à son utilité, à sa nécessité, elles étaient incontestables; en enlevant l'enfant, sous couleur de *contrôle*, à des mains malfaisantes ou indignes, nos tribunaux accomplissaient une tâche sacrée et demeuraient dans la ligne d'une longue tradition nationale.

1119. L'intervention législative. — Comme il est arrivé souvent, cette jurisprudence fraya la voie au législateur : déjà le *Code pénal* privait des *droits et avantages à lui accordés sur la personne et sur les biens de l'enfant par le Code civil*, le père ou la mère coupable d'avoir excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de leurs enfants (C. pén., art. 334 et 335); bien plus tard, une loi du 7 décembre 1874 relative à *la protection des enfants employés dans les professions ambulantes*, décida que les père, mère ou tuteur qui livreraient leurs enfants de moins de seize ans à des individus exerçant les professions d'acrobates, saltimbanques, etc., ou qui les placeraient sous la conduite de vagabonds, gens sans aveu, mendiants de profession, ou enfin qui les emploieraient à la mendicité habituelle, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession, pourraient être privés des droits de la puissance paternelle ou destitués de la tutelle (art. 2 et 3 de cette loi).

Mais c'est la loi du 24 juillet 1889 sur *la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés* qui est venue procéder à une véritable codification de la matière et qui a fait de la déchéance de la puissance paternelle une institution régie par un statut régulier; sans doute, cette loi était loin d'être parfaite; elle dut être complétée, amendée, assouplie à différentes reprises, par les lois du 5 août 1916, du 15 novembre 1921 et du 23 juillet 1925, enfin par deux décrets-lois portant la date du 30 octobre 1935; mais elle abordait pour la première fois le problème directement et sous sa forme générale; et c'est elle encore qui renferme le droit commun de la déchéance de la puissance paternelle.

Il importe de mentionner trois autres interventions législatives : une loi du 19 avril 1898 sur *la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants*, qui est venue renforcer le système répressif antérieurement constitué; la loi du 11 avril 1908, concernant la *prostitution des mineurs*, et celle du 22 juillet 1912 sur *les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée*. Désormais, la déchéance de la puissance paternelle devient une institution dont le statut, encore que dispersé dans un certain nombre d'instruments législatifs, se trouve concentré, *au point de vue civil*, dans la loi fondamentale du 24 juillet 1889, complétée et mise au point par des lois postérieures que nous avons notées au passage.

1120. Survie du droit de contrôle de l'autorité judiciaire. — Au lendemain de la promulgation de la loi de 1889, on se demande si l'intervention législative n'avait pas mis le point final à l'intervention judiciaire et si le contrôle des tribunaux sur l'exercice de la puissance paternelle n'avait pas vécu, dépourvu qu'il était désormais, semblait-il, de toute utilité, puisque le droit coutumier avait été en quelque sorte transformé en droit écrit (*Sic*, DE LOYNES, note *D. P.*, 1890, 2, 25). Mais cette interprétation n'a point prévalu; sans doute, la déchéance, totale ou partielle, de la puissance paternelle, n'est possible que dans les cas énumérés dans la loi; mais cette mesure n'épuise pas, à elle seule, tout le sujet; assez souvent, une sanction doit intervenir qui se résume dans un simple redressement de la direction imprimée à la puissance paternelle dont le maintien n'est nullement mis en question; le père conservera ses prérogatives, mais on lui interdira d'en faire un mauvais usage; on en réprimera et, si possible, on en préviendra les *abus*; on veillera à ce que la puissance paternelle ne soit pas détournée de sa destination qui est de servir les intérêts de l'enfant, et, par exemple, les tribunaux n'admettront pas qu'un père coupe toute relation, entre ses enfants et leurs grands-parents, sans juste motif, par esprit de rancune, de malveillance ou de jalousie : à ce point de vue et dans cette mesure, l'autorité judiciaire conserve son droit séculaire de contrôle qui lui permettra de mettre fin aux abus et de maintenir la puissance paternelle dans son rôle et dans son esprit (PLANIOL, note *D. P.*, 1912, 2, 273; L. HUGUENEY, note *S.*, 1914, 2, 209; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, n^os^ 65 et suiv.). Ce droit a d'ailleurs reçu une nouvelle consécration du fait du décret-loi du 30 octobre 1935, *portant modification de l'article 2 de la loi du 24 juillet 1889* (*inf.*, n° 1129*bis*).

1121. Plan.

1° *Cas* de déchéance;

2° *Etendue* de la déchéance;

3° *Procédure*;

4° *Conséquences* de la déchéance;

5° *Fin* de la déchéance (restitution de la puissance paternelle);

6° Nous dirons enfin quelques mots au sujet *du transfert de la puissance paternelle*.

1122. I. **Cas de déchéance.** — *Distinction.* — La loi du 24 juillet 1889 distingue deux variétés de causes de déchéance, les unes agissant *de plein droit*, les autres laissant au tribunal un *pouvoir d'appréciation*; dans la première éventualité, la déchéance est *obligatoire*, et même *automatique*, tandis que, dans la deuxième, elle est *facultative*; ou encore, si l'on veut, elle est *légale* dans le premier cas, *judiciaire* dans le second.

1123. A. **Déchéance de plein droit, présentant un caractère obligatoire et automatique.** — Cette variété de déchéance est prévue dans l'article premier de la loi; les cas énumérés et numérotés jusqu'à quatre sont en réalité au nombre de cinq; tous se réfèrent à une *condamnation* subie par le père, ou, plus généralement, par le détenteur de l'autorité paternelle, *à raison d'un attentat commis à l'encontre de la personne ou de la moralité de l'enfant, ou de concert avec lui* :

1° Le père a été condamné par application du deuxième paragraphe de l'article 334 C. pén. (dans sa teneur primitive), c'est-à-dire pour avoir excité à la débauche *son propre enfant* (art. 1er — 1°);

2° Il a été condamné *deux fois* pour excitation habituelle de mineurs à la débauche (art. 1er — 4°);

3° Il a été condamné pour *crime* commis sur la personne *d'un de ses propres enfants* (art. 1er — 2°);

4° Il a subi *deux* condamnations pour *délit* commis sur la personne d'un de ses propres enfants (art. 1er — 3°);

5° Il est à remarquer que le *crime* commis *avec la participation de l'enfant*, est assimilé par la loi au crime commis sur sa personne (art. 1er — 2°) et qu'il entraîne également de plein droit la déchéance de la puissance paternelle; mais il en va autrement du simple *délit* commis *avec* l'enfant, lequel n'est pas égalé par la loi au délit commis sur sa personne.

1124. Caractères et effets de la déchéance. — Dans les cas où elle est obligatoire, la déchéance est automatique et totale.

1° *Automatique.* — Il n'est pas besoin qu'elle soit même prononcée par un tribunal; elle constitue le corollaire d'une condamnation à laquelle elle est nécessairement afférente;

2° *Totale*, à un double point de vue :

a) Quant aux prérogatives qu'elle détruit : c'est la puissance paternelle tout entière qui disparaît, avec les divers attributs qu'elle comporte; mais les prérogatives qui ne sont pas dans un rapport étroit et nécessaire avec ladite puissance, lui survivent ou peuvent lui survivre :

1. Il est certain que la *vocation successorale* n'est nullement atteinte par la déchéance; car elle repose sur un lien de parenté, non sur un rapport de puissance : le père recueillera, à l'occasion et en l'absence d'héritiers préférables, la succession laissée par son enfant prédécédé;

2. Malgré l'indignité des parents, l'enfant continue à leur devoir *honneur* et *respect*, comme l'énonce l'article 371;

3. La loi de 1889 avait pris soin de spécifier, dans la disposition finale de son article premier, que la déchéance laissait subsister entre l'enfant et les ascendants déchus l'*obligation alimentaire réciproque* (art. 205 à 207), mais un décret-loi du 30 octobre 1935 est venu inverser cette proposition en modifiant le dernier aliéna de cet article premier qui est désormais ainsi rédigé: « *Sous réserve d'une décision judiciaire contraire, cette déchéance dispense le ou les enfants à l'égard desquels elle a été prononcée, des obligations énoncées aux articles 205, 206, 207 du Code civil.* » La déchéance *obligatoire* de l'article premier de la loi de 1889 met donc fin, en principe, à l'obligation alimentaire dont les enfants étaient précédemment tenus envers leur auteur devenu indigne : on a pensé qu'il serait anormal et choquant que des parents qui se sont disqualifiés par des crimes ou par des délits contre l'enfance, et souvent contre leurs propres enfants, fussent en droit d'exiger un jour de ceux-ci, donc de leurs propres victimes, le versement d'une pension.

Cette nouvelle disposition appelle une série d'observations.

Par elle, l'obligation alimentaire perd son caractère de réciprocité, car le parent, déchu de la puissance paternelle, demeure tenu, comme auparavant, de l'obligation alimentaire qui lui incombe vis-à-vis de ses enfants.

D'autre part, il dépend du tribunal de décider qu'exceptionnellement, et malgré la déchéance encourue, le père ou la mère conserveront leur droit à des aliments.

Surtout, il faut relever l'inadvertance commise par les auteurs du décret-loi qui ont réalisé la réforme en retouchant l'article premier de la loi de 1889, texte spécial à la déchéance de plein droit, et qui, cependant, semblent bien avoir voulu légiférer pour tous les cas de déchéance, légale ou facultative : la nouvelle rédaction suppose, en effet, que la déchéance a été *prononcée*, et elle limite l'extinction de l'obligation alimentaire aux rapports des parents avec ceux de leurs enfants *à l'égard desquels elle a été prononcée*; or, la déchéance obligatoire n'a pas à être prononcée et elle s'étend invariablement à tous les enfants. Ainsi, la discordance éclate entre la place assignée au nouveau texte et la portée de la décision qu'il renferme : il serait grand temps de confier la rédaction des textes législatifs à des juristes, et non à des bureaux, sans compétence et sans responsabilité;

b) Quant aux *enfants*, la déchéance a également un caractère de généralité absolue : le père est déchu de sa puissance, non seulement sur l'enfant dont il a, par exemple, favorisé la débauche, mais aussi sur les frères et sœurs de celui-ci. C'est toute l'autorité paternelle qui disparaît.

1125. B. **Déchéance facultative, prononcée par jugement et laissée à l'appréciation du tribunal.** — La situation se complique ici, la déchéance *facultative* étant prononcée tantôt par une juridiction répressive et tantôt par le tribunal civil.

1° *Déchéance prononcée par une juridiction répressive.* — La condamnation prononcée contre le détenteur de la puissance paternelle laisse parfois à la juridiction dont elle émane la possibilité de prononcer la déchéance de la puissance paternelle qui ne saurait alors résulter que d'une *disposition expresse* du jugement. Dans cet ordre d'idées, il faut citer les condamnations suivantes qui sont visées, pour la plupart, par la loi de 1889, dans son article 2;

a) Une condamnation aux travaux forcés ou à la réclusion pour un *crime de droit commun*;

b) Deux condamnations pour l'un des faits suivants : *séquestration*, *suppression*, *exposition* ou *abandon* d'enfants, ou pour *vagabondage*;

c) Deux condamnations correctionnelles, à moins d'un an d'intervalle, pour *ivresse publique* (art. 2, § 2. L. 23 janv. 1873);

d) Une condamnation intervenue en vertu de la loi du 7 décembre 1874, précitée;

e) Une première condamnation pour *excitation habituelle*

à la débauche de mineurs, autres que les enfants du condamné;

f) L'envoi de l'enfant dans une *maison de correction*, par application de l'article 66, C. pén., ou sa condamnation en vertu de l'article 67 du même Code;

g) Une condamnation prononcée contre le père pour *abandon de famille* (L. 7 fév. 1924, art. 1er, § 4).

1126. — 2° *Déchéance prononcée par le tribunal civil.* — Le tribunal civil peut d'abord prononcer la déchéance dans tous les cas que nous venons d'énumérer, et à supposer qu'elle n'ait pas été décidée par la juridiction répressive.

Il peut, en outre, la prononcer, et alors *à l'exclusion de la juridiction répressive*, dans une série d'éventualités qui font l'objet d'une formule contenue dans l'article 1er — 6°, de la loi de 1889, texte qui a été modifié heureusement par la loi du 15 novembre 1921 en vue d'en étendre la portée d'application et qui vise, dans sa teneur actuelle, « *les père et mère qui compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou par un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ou d'un ou de plusieurs de ces derniers* ». On le voit par cette énumération, ce ne sont pas seulement les fautes positives, actives, qui sont susceptibles d'entraîner la déchéance de l'autorité paternelle, ce sont aussi les négligences; le père peut pécher par omission comme par des interventions coupables et sa carence peut lui coûter la puissance dont le non-usage ne saurait être toléré.

1127. II. **Etendue de la déchéance. Système rigide de la loi du 24 juillet 1889.** — Le système institué par la loi de 1889 présentait une très grave imperfection : avec lui, la déchéance de la puissance paternelle ne pouvait être que *totale*; elle s'étendait à tous les attributs et au regard de tous les enfants, nés ou à naître; c'était le système du *tout ou rien*, d'une rigidité absolue, et cela aussi bien dans les cas de déchéance facultative que dans ceux de déchéance obligatoire; la puissance paternelle était considérée comme un tout indivisible et ne pouvait donc être retirée aux parents que dans son intégralité; et c'est bien pourquoi les tribunaux hésitaient beaucoup à prononcer un retrait qui ne pouvait être que total; le système manquait de souplesse; la mesure qu'il prévoyait était, dans bien des cas, hors de proportion avec la cause qui la provoquait; dans l'impossibilité où ils étaient de doser le remède, les tribunaux

s'abstenaient de l'administrer et préféraient laisser le mal suivre son cours.

1128. Système plus souple de la loi du 15 novembre 1921. — Une réforme s'imposait donc qui fut amorcée par la loi du 5 avril 1898, loi pénale qui, dans la répression des infractions spéciales qu'elle prévoyait et qu'elle réprimait, laissait au tribunal ou à la cour d'assises la faculté, non seulement de choisir entre la déchéance ou le maintien de la puissance paternelle, mais encore, à supposer qu'on optât pour le premier parti, de limiter la déchéance au droit de garde et de ne la faire jouer qu'au regard d'un seul enfant, au cas où les parents n'en maltraitaient qu'un seul. Ainsi, non seulement la déchéance était *facultative* dans son principe, mais elle pouvait être *partielle* et *relative*. Sans doute, la loi de 1898 ne visait qu'un certain nombre d'infractions — *blessures, mauvais traitements, abandon, remise de l'enfant à des vagabonds ou à des saltimbanques* — mais l'essentiel était qu'elle eût dégagé la notion d'un système de déchéance plus souple que celui de la loi de 1889 : la voie était tracée; il suffisait de s'y engager plus avant pour améliorer une institution conçue sur un type trop rigide.

L'étape décisive fut franchie seulement en 1921 : la loi du 15 novembre 1921, qui modifia profondément celle du 24 juillet 1889, a imprimé à *toute déchéance facultative*, qu'elle soit prononcée par une juridiction répressive ou par le tribunal civil, les caractères spécifiques que lui avait impartis la loi de 1898; il dépend du juge de limiter la déchéance à telle ou telle prérogative de la puissance paternelle (déchéance *partielle*), et aussi de ne la faire jouer qu'au regard de l'un ou de quelques-uns des enfants (déchéance *relative*) : la puissance paternelle est ainsi considérée comme un tout parfaitement divisible, dans ses sujets passifs comme dans les attributs qu'elle comporte, et la déchéance présente elle-même un caractère de *divisibilité* qui permet au tribunal de proportionner aussi exactement que possible le remède au mal, ce qui semblait de nature à vaincre la répugnance que notre jurisprudence éprouvait à l'application d'une mesure extrême qu'elle ne se résignait jadis à prendre qu'en désespoir de cause; ce n'est plus le système du tout ou rien; entre ces deux solutions extrêmes, la loi a ménagé la place nécessaire à toute une série de solutions intermédiaires; article 2, § 1, nouvelle rédaction, de la loi de 1889 : « *Peuvent être déchus des mêmes droits ou peuvent être privés de tout ou partie de leurs droits de*

puissance paternelle à l'égard de l'un ou de quelques-uns de leurs enfants... »

Ordinairement, c'est sur le *droit de garde* que se concentrera et se limitera la déchéance, l'essentiel étant de soustraire l'enfant à un milieu funeste où il trouve des exemples pernicieux, où de mauvais traitements lui sont infligés : par là, le père sera privé exclusivement des droits de garde, de surveillance et d'éducation; il conservera les autres attributs de la puissance paternelle; de plus, et si la déchéance est relative, sa puissance demeurera intacte à l'égard des autres enfants. Mais il est remarquable qu'*en toute occurrence*, et du moment qu'il a été privé, fût-ce partiellement et relativement, de ses pouvoirs, il devient incapable d'être tuteur, subrogé tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille (art. 8, nouv. réd. de la loi de 1889); quant à l'*obligation alimentaire*, elle subsiste au profit du parent déchu, du moins si l'on s'en tient à la place occupée par la disposition finale de l'article 1er de la loi de 1889, modifié par un décret-loi du 30 octobre 1935; mais cette interprétation logique ne semble pas cadrer avec la teneur même de ce texte (V. *sup.*, n° 1124).

1129. Résumé; statistique. — En résumé, depuis la réforme réalisée par la loi du 15 novembre 1921, la déchéance facultative a revêtu une souplesse qui la différencie plus encore que par le passé de la déchéance obligatoire; alors que celle-ci, à raison de son automatisme même, est nécessairement *totale*, la déchéance facultative est aménagée librement par le juge; elle est faite en quelque sorte sur mesure. Le législateur souligne cette opposition en adoptant une nouvelle terminologie : il ressort, en effet, de différents textes de la loi de 1889 modifiée par celle de 1921 (voy. notamment les art. 2, § 1, 3, 8 et 9) que la dénomination de *déchéance* ne convient plus désormais qu'à la *perte totale* de la puissance paternelle; si la sanction est limitée à certains attributs ou même si, affectant tous les attributs, elle est limitée à l'un ou à quelques-uns des enfants, on dit alors qu'il y a *retrait des droits de puissance paternelle*. Cette nuance verbale ne doit d'ailleurs pas faire illusion : le prétendu retrait n'est autre chose qu'une déchéance à échelle réduite.

Même depuis la réforme de 1921, les tribunaux ne prononcent que rarement et avec une circonspection extrême la déchéance de la puissance paternelle : 851 déchéances pour l'année 1927, dont 107 dans le département de la Seine (*Compte général de l'Administration de la Justice civile et criminelle*, p. 39); 730 pour l'année 1928; 886 en 1929, sur

lesquelles 800 furent prononcées à la requête du ministère public; 885 en 1933, dont 756 à la requête du ministère public.

1129*bis*. Surveillance ou assistance éducative. — Etant donné l'extrême réserve que mettent nos tribunaux à réaliser la déchéance de la puissance paternelle, on comprend que les auteurs des décrets-lois de 1935 se soient préoccupés de sauvegarder les intérêts de l'enfant lorsque ses parents, sans être indignes, n'ont pas l'expérience ou l'habileté que nécessiterait sa bonne éducation; en vue d'une telle éventualité, le décret-loi du 30 octobre 1935 *portant modification de l'article 2 de la loi du 24 juillet 1889*, permet au président du tribunal civil, alors que « *la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant sont compromis ou insuffisamment sauvegardés par le fait des père et mère* », de prendre, sur requête du ministère public, une mesure de *surveillance ou d'assistance éducative*, lesquelles seront exercées « *par le personnel soit des services sociaux, soit des institutions agréées par l'autorité administrative ou le tribunal, ou encore par des particuliers qualifiés, notamment par les assistantes sociales ou les visiteuses de l'enfance* » (art. 2, nouv. réd. de la loi du 24 juillet 1889).

Dans un ordre d'idées plus spécial, mais assez voisin du précédent, il y a lieu de signaler les dispositions du décret-loi du 30 octobre 1935, *relatif à la protection de l'enfance*, qui abroge les articles 270, alinéa 2, et 271, alinéa 2, 3 et 4 du Code pénal, relatifs au *vagabondage des mineurs de dix-huit ans* et qui substitue au régime institué par la loi du 24 mars 1921 un ensemble de mesures d'assistance et d'éducation dont la décision appartient au *président du tribunal pour enfants* qui pourra remettre l'enfant soit à ses parents, soit aussi à un particulier, à une institution charitable, ou le confier à l'Assistance publique, ou encore décider de son envoi dans un établissement susceptible de lui donner les soins réclamés par son état, ou enfin ordonner qu'il sera placé sous le régime de la liberté surveillée.

Ainsi, de plus en plus, la puissance paternelle subit le contrôle des pouvoirs publics, et tend à devenir une fonction sociale bien plutôt qu'une prérogative individuelle.

1130. III. Procédure. — La question de la procédure à suivre ne se pose, ni pour la déchéance obligatoire, laquelle est de droit et n'a pas même besoin d'être prononcée, ni pour la déchéance facultative prononcée par les juridictions répressives, laquelle intervient accessoirement à une con-

damnation obtenue selon les règles de la législation pénale. Nous ne visons donc à cette place que *la seule déchéance facultative prononcée par un tribunal civil*.

L'action appartient au *ministère public* ainsi qu'aux *parents* de l'enfant jusqu'au degré de cousin germain inclus (art. 3 de la loi de 1889), à l'exclusion des alliés; elle est portée en *chambre du conseil*, en appel comme en première instance (art. 3); la compétence *ratione personæ* est déterminée par le domicile du défendeur, ou, si ce domicile est inconnu, par sa résidence (même texte).

La demande est introduite par un *mémoire* présenté au président du tribunal, énonçant les faits et accompagné des pièces justificatives; il est notifié au défendeur (art. 4, § 2). Celui-ci doit comparaître *en personne* devant la chambre du conseil; les contradicteurs sont ainsi mis en présence, sans l'intermédiaire d'un avoué dont la constitution n'est aucunement obligatoire pour eux (art. 4, § 4; Civ., 5 mai 1902, 2 arrêts, *D. P.*, 1902, 1, 209; *S.*, 1904, 1, 41).

Différentes mesures sont prescrites en vue de former la religion du tribunal : *enquête* du procureur de la République; *comparution* personnelle du défendeur qui est interrogé en chambre du conseil; *avis* du juge de paix du canton du domicile du défendeur; *rapport* d'un juge commis par le président; enfin *simple faculté* pour le tribunal de convoquer le *conseil de famille* et de procéder à une enquête; le jugement est rendu en audience publique (art. 4).

1131. — Malgré la rapidité de la procédure, il est à craindre que les intérêts de l'enfant ne soient mis en péril avant qu'une solution définitive ne soit intervenue. Aussi la loi permet-elle à la chambre du conseil de prendre, pendant l'instance, toutes *mesures* provisoires utiles relativement à la *garde* et à l'*éducation* des enfants : les jugements sur cet objet sont *exécutoires par provision* (art. 5). D'autre part, des dispositions sont prises pour que les *voies de recours* ne deviennent pas un moyen de faire traîner les choses en longueur : les *oppositions successives* sont proscrites (art. 6); le délai d'appel est ramené à *dix jours* à compter du jugement s'il est contradictoire, et, s'il est rendu par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable (art. 7); l'*opposition* doit être formée dans le délai de *huitaine* à partir de la notification à la personne, et dans le délai d'*un an* à partir de la notification à domicile (art. 6). Pour le *pourvoi en cassation*, le délai reste celui du droit commun (*deux mois*).

1132. IV. **Conséquences de la déchéance.** — Les

droits touchés par la déchéance ne disparaissent pas purement et simplement, mais ils sont transférés, sous une forme ou sous une autre, à un nouveau titulaire.

1° Au cas de *déchéance totale* ou de *retrait de tous les attributs* de la puissance paternelle au regard d'un ou de plusieurs enfants, la question de l'ouverture de la tutelle va se poser. Toutefois, un départ doit être fait entre les différents attributs de la puissance paternelle;

a) Les droits de consentir au *mariage*, à l'*adoption* ou à l'*émancipation* de l'enfant, sont attribués aux personnes qui en seraient investies si la personne déchue était décédée, donc à la mère si elle vit et si, d'autre part, elle n'est pas elle-même déchue (art. 14, §§ 1 et 2);

b) Les *autres attributs* de la puissance paternelle suivent une destinée différente; le tribunal dispose, en ce qui les concerne, d'une option à deux branches : 1. il peut d'abord, ou décider que ces attributs passeront à la mère qui, par hypothèse, est vivante et non déchue, et alors la tutelle ne s'ouvre pas; ou bien, si la mère ne présente pas des garanties suffisantes, opter pour l'ouverture de la tutelle; 2. à supposer qu'il se prononce dans ce dernier sens, le tribunal a encore le choix entre la tutelle du droit commun ou la remise de l'enfant à l'Assistance publique, c'est-à-dire entre la tutelle du Code civil et la tutelle administrative de la loi du 27 juin 1904 (L. 24 juill. 1889, art. 10 et 11).

La tutelle, même lorsqu'elle est constituée dans les termes du droit commun, présente des particularités déjà signalées : les immeubles du tuteur ne sont pas grevés d'une hypothèque légale, mais le tribunal peut les soumettre, ou soumettre l'un ou quelques-uns d'entre eux à une hypothèque garantissant sa gestion jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (art. 10, § 3; *sup.*, n° 451).

Lorsque la tutelle est confiée à l'Assistance publique, cette administration peut, tout en la conservant, remettre l'enfant à un établissement ou même à un particulier (art. 11, § 2); après *trois ans*, le particulier désigné peut s'adresser au tribunal et demander que l'enfant lui demeure confié dans les conditions fixées par l'article 13 (art. 13, dern. al.).

1133. — 2° Si ce sont seulement certains attributs de la puissance paternelle qui ont été enlevés au père ou à la mère, il n'y a plus lieu de prévoir l'ouverture d'une tutelle, puisque la puissance paternelle subsiste dans son principe; les prérogatives qui en sont détachées par le tribunal sont attribuées soit à la mère, si elle existe et si elle mérite cette confiance, soit à un parent, à un établissement de bienfai-

sance reconnu d'utilité publique ou désigné par arrêté préfectoral, soit à un particulier jouissant de ses droits civils, soit à l'Assistance publique. Mais, dans tous les cas, cette *délégation* n'est consentie que réserve faite des droits spéciaux prévus à l'article 14 (consentement au mariage, à l'adoption et à l'émancipation de l'enfant; art. 11, § 4).

Obligation alimentaire. — Nous rappelons que la déchéance de la puissance paternelle dispense, *en principe*, les enfants à l'égard desquels elle a été prononcée, de l'obligation alimentaire envers le parent déchu, et cela sans réciprocité (*sup.*, n° 1124).

1134. V. Comment la déchéance peut prendre fin. Restitution possible de la puissance paternelle. — La loi de 1889 a prévu la *restitution* de la puissance paternelle à ceux qui en ont été déchus; mais cette réintégration n'est possible qu'à de certaines conditions :

1° Si la déchéance est la conséquence, obligatoire ou facultative, de *condamnations pénales*, la restitution ne peut être demandée qu'après que le coupable a obtenu sa *réhabilitation* (art. 15, § 1);

2° Si la déchéance ou le retrait sont intervenus en application des paragraphes 5 et 6 de l'article 2 de la loi, l'action en restitution ne peut être introduite que *trois années* après le jour où le jugement qui a prononcé la déchéance ou le retrait est devenu irrévocable (art. 15, § 2) : c'est une période d'épreuve qui est ainsi imposée au père ou à la mère indigne.

La *procédure* à suivre est identique à celle qui est instituée pour faire prononcer la déchéance; elle se déroule invariablement devant le tribunal civil, dont la compétence *ratione personæ* est déterminée : 1. pour la réintégration dans la puissance paternelle elle-même, par le domicile de la tutelle si l'enfant est encore mineur, dans le cas contraire par le domicile de ce dernier (art. 15, § 3); 2. pour la restitution des attributs (*déchéance partielle*), par le domicile de la personne à qui ces attributs ont été délégués ou par le domicile de l'enfant, suivant que ce dernier est encore mineur ou qu'il a atteint l'âge de la majorité (art. 15, § 4).

1135. — Il est à noter :

1° Que l'*avis* du conseil de famille ou de la personne à qui avaient été délégués certains attributs de la puissance paternelle, est ici *obligatoire* (art. 16, § 1);

2° Que le tribunal, en prononçant la restitution de la puissance paternelle ou des droits retirés, fixe l'indemnité due

au tuteur ou au délégué, à moins que l'indigence des parents ne le décide à écarter toute idée d'indemnisation (art. 16, § 3);

3° Que la restitution ne peut être qu'*intégrale*; elle doit faire rentrer le père dans tous les attributs de sa puissance; le législateur, qui a institué un retrait partiel ou relatif de l'autorité paternelle, n'a prévu, semble-t-il, qu'une réintégration complète et absolue, et l'on peut estimer que c'est là une lacune de notre législation;

4° Que, si la demande en restitution a été rejetée, elle ne saurait être réintroduite par la suite, si ce n'est par la mère, et seulement après la dissolution du mariage (art. 16, § 4).

1136. VI. **Transfert de la puissance paternelle.** — La loi du 24 juillet 1889, dans son titre deuxième, prévoit et réglemente le *transfert* de la puissance paternelle qui peut intervenir dans deux conditions différentes, soit en vertu du *consentement* des parents, soit à raison de l'*abandon moral* où ils laissent leur enfant;

1° La première éventualité est réglée par les articles 17 et 18 : une *convention* intervient alors entre les parents et l'administration de l'*Assistance publique*, convention qui détermine l'*étendue* de la délégation consentie et qui doit être sanctionnée par une décision de justice; en réalité et dans la pratique (art. 17), l'enfant sera ordinairement confié par le tribunal à un établissement ou à un particulier, l'Assistance publique ne conservant qu'un pouvoir éminent qui se traduit par une surveillance confiée au préfet; les parents qui ont consenti la délégation peuvent, de trois en trois ans, présenter une requête au tribunal en vue d'être réintégrés dans leurs droits (art. 21).

2° La deuxième forme de transfert est réglementée dans les articles 19 et 20 : les établissements ou les particuliers qui ont recueilli les enfants moralement abandonnés, doivent en prévenir les parents et faire une déclaration à la mairie, dans les trois jours. Si, dans les trois mois qui suivent, l'enfant n'a pas été réclamé par ses parents, l'établissement ou le particulier peuvent adresser au président du tribunal une requête tendant au transfert de la puissance paternelle; il y sera statué en chambre du conseil, le ministère public entendu. Ce transfert, s'il est accordé, place l'enfant sous la puissance paternelle de l'Assistance publique, mais le tribunal peut déléguer au requérant tout ou partie des attributs de cette puissance.

On remarquera :

1° Que, dans les deux cas, le transfert a lieu au profit de

l'Assistance publique, sauf délégation au profit d'un établissement ou d'un particulier;

2° Que, dans les deux cas également, le transfert revêt un caractère *judiciaire* : la puissance paternelle n'est pas cessible par simple convention privée;

3° Que, dans la deuxième éventualité, le transfert, qui suppose l'abandon moral de l'enfant, ressemble fort à une variété de déchéance de la puissance paternelle soumise, bien inutilement, à un statut particulier.

§ II. — L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

1137. Sources. — Code civ., art. 205 à 211; L. 12 juill. 1905, art. 7, mod. par L. 1er janv. 1926 et par D. L. 28 mars 1934; L. 13 juill. 1907, art. 7; L. 7 fév. 1924, modif. par L. 3 avril 1928; D. 5 nov. 1926; L. 6 avril 1932; D. L. 30 oct. 1935; L. 7 août 1851, art. 5.

Bibliographie. — Thèses Parmentier, 1901; Forgues, 1902; Braye, 1903; Bouchet, 1924; cons. aussi : Lorant, *Caractères juridiques de l'obligation alimentaire*, 1928; Gervésie, thèse, Lyon, 1928; note Savatier, *D. P.*, 1929, 1, 9.

1138. Définition. Généralités. — L'*obligation alimentaire* est le devoir imposé juridiquement à une personne d'assurer la subsistance d'une autre personne; comme toute obligation, celle-ci implique l'existence d'un créancier et d'un débiteur, avec cette particularité que le premier est, par hypothèse, dans le besoin, et que le deuxième est à même de lui venir en aide.

Un tel rapport obligatoire peut être établi par une *convention* ou par un *testament*; le plus souvent, il découle d'un texte de loi; dans la plupart des cas, l'obligation alimentaire est *légale*; plus précisément, elle est *familiale*, étant instituée par le Code civil entre certaines personnes ressortissant à la même famille; dans ce domaine, elle réalise l'idée simple et touchante de l'*assistance familiale* et son importance pratique était de premier ordre à une époque où l'*assistance publique* était à peu près inexistante; avec le développement que revêt de nos jours cette dernière forme de la solidarité humaine, l'obligation alimentaire du Code civil ne semble pas présenter le même caractère d'urgence. Cependant, il est à observer qu'elle a trouvé place dans les Codes récents (Codes civils *allemand*, *suisse*, *soviétique*) et que, dans notre pays même, le grand nombre des décisions

judiciaires intervenues en cette matière en attestent l'utilité et l'efficacité; comme on le verra par la suite, il semble que nous assistions à un regain de vitalité et à un renforcement de cette vieille institution familiale française qui a, entre autres mérites, celui d'alléger le fardeau du fisc et, en conséquence, celui des contribuables, chaque famille assurant la subsistance de ses membres par ses propres moyens.

1139. Plan. — Nous rechercherons :

1° *Entre quelles personnes* cette obligation alimentaire est établie par la loi;

2° *A quelles conditions* elle entre en action;

3° Quel est son *objet et comment elle s'exécute*;

4° Comment elle est *sanctionnée*;

5° Quels sont ses *caractères juridiques*.

N° 1. — *Entre quelles personnes l'obligation existe*

1140. — Cette obligation existe : 1° entre *conjoints*; 2° entre *ascendants* et *descendants*, à l'infini; 3° entre certains *alliés* en ligne directe.

Et c'est tout : la dette alimentaire n'a pas été instituée entre collatéraux, pas même entre frères et sœurs; un riche capitaliste peut laisser son frère ou sa sœur dans la plus noire détresse; son attitude négative est légalement irréprochable; elle le serait également en *Allemagne* (C. civ., art. 1601); mais non pas en *Suisse* : l'article 328 du Code civil fédéral institue l'obligation d'assistance entre frères et sœurs; et il est curieux de retrouver une disposition du même genre dans le code *soviétique* de la famille (art. 172) qui a cependant distendu à l'excès les liens familiaux.

Il convient de signaler que notre jurisprudence a une tendance à admettre l'existence, entre proches parents ou alliés, d'une obligation *naturelle* d'assistance (Req., 22 août 1826, *Jur. gén.* Dalloz, *Dispositions entre vifs*, n° 1311).

1141. I. Obligation alimentaire entre conjoints. — Nous savons que les époux sont tenus entre eux au *devoir de secours* (art. 212 et 214, *sup.*, n° 876); sous une autre forme, ils se doivent des aliments.

Cette dette alimentaire s'exécute, dans la vie courante, très normalement et tout simplement, grâce à la communauté d'habitation; les difficultés apparaissent surtout lorsque cette communauté vient à cesser, au cas de *séparation de corps*, de *séparation de fait*, de *divorce*, de *décès* de l'un des époux.

1142. 1° **Séparation de corps.** — Lorsqu'une séparation de corps intervient, il y a lieu de procéder à un règlement pécuniaire afin de mettre le régime des biens en harmonie avec le régime d'isolement qui sera désormais celui des personnes; la séparation de corps entraîne *de plano* séparation de biens (*Sup.*, n° 992); mais il ne suffit pas toujours de liquider ou de modifier la charte matrimoniale; il est possible que l'un des époux séparés se trouve dans le besoin alors que l'autre a du superflu : celui-ci devra servir à celui-là une *pension*, laquelle aura un caractère *alimentaire* et ne sera autre chose qu'*un mode de réalisation de l'obligation alimentaire*, mode approprié à la nouvelle situation des époux qui, désormais, habitent séparément.

Il est essentiel de comprendre que la cause juridique de la pension est alors le mariage, qui survit à la séparation, et rien d'autre : c'est en tant que conjoint que le mari, par exemple, doit des aliments à sa femme séparée de corps; c'est en vertu des articles 212 et 214 et en exécution du *devoir de secours* que ce texte institue entre époux. Il en résulte que *la pension peut parfaitement être allouée à l'époux coupable*, contre qui la séparation de corps a été prononcée, à supposer, bien entendu, que ce soit lui qui se trouve dans le besoin; aucun texte ne le prive de cette ressource, et il ne dépend pas de l'interprète de créer de toutes pièces une déchéance qui n'a pas été édictée par la loi. (Req., 8 juill. 1850, *D. P.* 1850, 1, 225; Civ., 3 avril 1883, *D. P.*, 1883, 1, 335).

1143. 2° **Séparation de fait.** — Encore que la *séparation de fait* n'ait aucune valeur juridique et que la jurisprudence dénie toute efficacité à la convention qui serait intervenue pour la consacrer et pour l'aménager (*Sup.*, n° 1010), il est admis qu'elle peut être l'occasion de l'établissement d'une pension alimentaire, mais *uniquement au profit de l'époux qui a dû subir la séparation*, à qui elle est imposée, et à l'exclusion de celui à qui elle est imputable. C'est ainsi que le mari qui refuse injustement de recevoir sa femme au domicile conjugal peut être condamné à lui servir une pension (Aix, 17 fév. 1871, *D. P.* 1872, 2, 64; Paris, 16 déc. 1914, *D. P.* 1917, 2, 82; 3 fév. 1921, *D. P.* 1921, 2, 151); il en serait autrement si la séparation était due à la faute de la requérante (Civ. 1er juin 1929, *D. P.* 1931, 1, 79; Paris, 29 août 1857, *S.* 1857, 2, 768; *D. P.* 1858, 2, 27).

Lorsque la séparation est intervenue d'un commun accord, la question est plus délicate, et elle est fort discutée. Nous pensons que l'obligation alimentaire subsiste comme pre-

nant sa source dans le mariage lui-même et dans l'article 212; la séparation de fait, qui ne met pas fin au mariage, en laisse subsister les effets, et, notamment, le devoir de secours dont l'obligation alimentaire est l'expression pratique (*Sic.*, Civ. 1er juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, 391; trib. civ. Seine, 11 juill. 1922, *D. P.* 1924, 2, 105, note NAST.)

1144. 3° **Divorce.** — La situation est alors bien différente, puisque le mariage est dissous; cependant, il arrive fréquemment que les tribunaux condamnent l'un des anciens conjoints à servir une pension à l'autre; seulement, cette pension, du moins dans la mesure où elle s'adresse à l'époux, non aux enfants, trouve sa base, moins dans le mariage lui-même, que dans une faute commise par le coupable envers l'offensé; elle est allouée, non point par application des articles 212 et 214, mais en vertu de l'article 301 qui se trouve lui-même sous la dépendance de l'article 1382 (Req. 17 déc. 1935, *S.* 1936, 1, 111); elle revêt, du moins pour partie et en principe, la nature d'une *indemnité délictuelle*; elle constitue la sanction d'un délit civil, injure grave, adultère, sévices; elle est destinée à réparer le préjudice résultant, pour l'époux offensé, de la rupture anticipée du mariage (Req. 12 fév. 1934, *D. H.* 1934, 221; *S.* 1934, 1, 125; Civ. 28 juin 1934, *S.* 1934, 1, 377, note P. ESMEIN); plus précisément, à notre avis, *le préjudice inhérent à la disparition du devoir de secours dont elle constitue le prolongement et le substitut*; l'obligation alimentaire qui a pris fin avec le mariage, se trouve remplacée par une pension dont le caractère indemnitaire est admis constamment, en jurisprudence, comme en doctrine. (*Sic* RIPERT, note *D. P.* 1928, 1, 5; ROUAST, n° 637.)

Il ressort de là : 1. Que les juges ne statuent pas *ultra petita*, lorsqu'une pension alimentaire leur ayant été demandée sur le fondement de l'article 1382, ils l'accordent en vertu de l'article 301, ce dernier texte ne contenant qu'une application spécialisée du principe général posé par le premier (Req. 17 déc. 1935, précité); 2. Et surtout qu'*en aucun cas le conjoint coupable ne pourra obtenir, sauf pour les enfants dont il aurait la garde* (Req. 3 et 26 juill. 1928, *D. P.* 1929, 1, 9, note SAVATIER), *une véritable pension alimentaire à l'occasion du divorce*, puisque c'est lui qui a commis le délit dont il ne saurait poursuivre la réparation contre sa propre victime : l'article 301 ne vise d'ailleurs que « l'*époux qui a obtenu le divorce* » : si c'est aux torts réciproques des époux que le divorce a été prononcé, aucune pension alimentaire ne peut être accordée (Civ. 20 fév. 1929, *D. H.* 1929, 178;

Civ. 4 juill. 1932, *S.* 1932, 1, 328), comme aussi lorsque la même décision prononce le divorce contre l'un des conjoints et la séparation de corps contre l'autre (Req. 22 oct. 1930 et 23 mars 1931, *D. P.* 1931, 1, 131).

A vrai dire, il arrive que le mari, bien qu'ayant obtenu le divorce à son profit, soit condamné à servir à sa femme, commune en biens, une pension mensuelle jusqu'à la complète liquidation de la communauté conjugale; mais il s'agit là de tout autre chose qu'une pension alimentaire, d'une simple avance à précompter ensuite sur la part qui reviendra à la femme dans la répartition de la caisse commune (*Inf.* n° 1164).

1145. — Cette différence, parfaitement rationnelle, entre le divorce et la séparation de corps, suscite des difficultés au cas où cette dernière est *convertie en divorce*. Un point semble cependant hors de toute contestation sérieuse : la pension allouée par le jugement de séparation de corps subsiste si elle avait été accordée à l'époux offensé, mais elle cesse d'être due si elle avait été concédée au conjoint coupable, car, dans ce dernier cas, son unique support, à savoir le mariage, a disparu, et elle est désormais dépourvue de toute cause juridique. Il est vrai qu'aux termes de l'article 310, § 3, modifié par la loi du 6 juin 1908, « *les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation conservent en tous cas leur effet* »; mais cette formule ne peut être interprétée dans le sens d'un maintien de la pension en toute occurrence, et fût-ce au profit de l'époux coupable; son but est tout différent; on a voulu dispenser le conjoint qui obtient le divorce à la suite d'une conversion de faire statuer à nouveau sur la pension qui lui avait été allouée par le jugement de séparation de corps (*Sup.* n° 1008); cette pension se transforme *de plano*; au lieu de puiser son fondement dans l'article 212, elle est due désormais par application de l'article 301, ce qui suppose que c'est l'époux offensé qui l'avait obtenue et non l'époux coupable. (Rouast, n° 707; Civ. 16 mai 1933, *D. H.* 1933, 394; Douai, 8 mars 1909, *S.* 1909, 2, 137; *D. P.* 1909, 2, 239; Lyon, 14 déc. 1909, *S.* 1910, 2, 72; Aix, 19 fév. 1913, *S.* 1913, 2, 243; *D. P.* 1913, 2, 263.)

1146. 4° **Décès.** — Lorsque le mariage est dissous par le décès de l'un des époux il semble que l'obligation alimentaire ne trouve plus de prise, car on ne saurait la rattacher ni au mariage qui a été dissous, ni à une faute, à un délit

du prédécédé. Cependant, l'article 205, tel qu'il a été modifié par une loi du 9 mars 1891, vient réaliser, même dans ce cas extrême, le principe du droit à l'assistance entre conjoints; à défaut d'une personne vivante, c'est la succession du prédécédé qui doit fournir au survivant les aliments dont il a besoin, à l'exclusion des héritiers qui ne sont pas personnellement tenus, qui ne peuvent pas être recherchés sur leurs biens personnels; aux termes de l'article 205, § 2, « *la pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité* »; elle est supportée par tous les héritiers, proportionnellement à leur vocation, et, s'il en est besoin, subsidiairement par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument (même texte) : solution conforme au droit commun; l'obligation alimentaire est dette de la succession; or, les créanciers héréditaires sont payés avant les légataires, en vertu de la règle : *nemo liberalis nisi liberatus*. Le défunt a d'ailleurs pu stipuler expressément que l'un des legs serait acquitté de préférence aux autres, et on devra se conformer alors à l'ordre par lui établi : le légataire préféré ne contribuera à l'acquittement de l'obligation qu'après tous les autres et en cas d'insuffisance des autres biens légués (art. 205, § 3).

L'article 205, § 1, impartit à l'époux survivant un délai d'une année pour réclamer les aliments auxquels il a droit; le délai court à partir du décès, et il est de rigueur; le survivant doit, à peine de déchéance, formuler sa réclamation, sous forme d'une action en justice, dans ledit délai, qui ne saurait être prolongé (Civ. 18 oct. 1932, *S.* 1933, 1, 24), mais, en cas de partage, il se prolonge jusqu'à l'achèvement de celui-ci (art. 205).

La dette de la succession est qualifiée par la loi même de *pension alimentaire* (art. 205, § 2) : elle constitue le prolongement et comme la survie du droit de secours qui existe entre conjoints; aussi y a-t-il lieu de décider qu'elle n'existe pas si le mariage avait été antérieurement dissous par le divorce; le survivant, alors même que le jugement serait intervenu en sa faveur, ne serait pas qualifié pour réclamer des aliments qui ne trouveraient désormais aucun fondement juridique. Au contraire, une séparation ne ferait pas obstacle à ce que le survivant, fût-il l'époux coupable, réclamât des aliments à la succession en vertu de l'article 205, puisque le mariage avait persisté jusqu'au jour du décès.

1147. II. Obligation alimentaire entre ascendants et descendants. — Aux termes de l'article 205, § 1 : « *les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres*

ascendants qui sont dans le besoin »; l'article 207 ajoute que « *les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques* »; l'obligation alimentaire existe donc en ligne directe *in infinitum*, et elle y revêt un caractère de réciprocité.

En ce qui concerne *la dette des parents envers leurs enfants*, elle ne fait pas double emploi et elle ne doit pas être confondue avec le devoir qui incombe à ceux-là d'entretenir et d'élever ceux-ci (art. 203); 1. Alors qu'elle est réciproque, ce dernier devoir est purement *unilatéral*; il existe sans réciprocité aucune et il prend fin avec la majorité ou l'émancipation de l'enfant; c'est alors précisément que l'obligation alimentaire entre en jeu, à l'occasion, à un moment où la puissance paternelle a pris fin, et, avec elle, les attributs et les charges qu'elle comportait; 2. D'ailleurs, même la *déchéance* de cette puissance n'y met pas *nécessairement* fin (*Sup.*, n° 1124) ce qui montre bien que puissance paternelle et obligation alimentaire sont deux concepts indépendants; le premier ne commande pas au deuxième; 3. Il faut ajouter que les père et mère sont tenus, chacun pour le tout, au moins au regard des enfants, de les nourrir, de les entretenir et de les élever pendant leur minorité (Civ. 27 nov. 1935, *D. H.* 1936, 17); au lieu que l'obligation alimentaire de l'article 207 comporte une incidence différente (*inf.* n° 1153).

1148. III. Obligation alimentaire entre certains alliés en ligne directe. — L'article 206 décide que « *les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère...* », et l'article 207 consacre, comme pour les parents en ligne directe, la règle de la *réciprocité*.

Personnes visées par ces textes. — 1° Il est aujourd'hui acquis que la loi vise, sous la dénomination de *beau-père* et *belle-mère* le père et la mère du conjoint, à l'exclusion du second mari ou de la seconde femme : par exemple, l'enfant d'une mère remariée n'est pas débiteur d'aliments vis-à-vis du second mari, et réciproquement. Cette interprétation restrictive ressort des travaux préparatoires comme de la teneur même de l'article 206 qui ne parle du beau-père et de la belle-mère que par opposition au gendre et à la belle-fille. (C. Etat, 24 nov. 1916, *D. P.* 1919, 3, 19; Grenoble, 10 fév. 1903, *D. P.* 1904, 2, 469).

2° A un autre point de vue, l'interprétation restrictive l'a également emporté : l'obligation alimentaire est limitée par le texte au premier degré, et c'est une nouvelle différence entre la parenté et l'alliance : par exemple, un mari ne doit

pas d'aliments aux grands-parents de sa femme (Grenoble 9 août 1862, *S.* 1863, 2, 58, *D. P.* 1863, 5, 24).

1149. Cessation de l'obligation entre alliés. — D'après le Code civil, la belle-mère qui convolait en secondes noces était déchue du droit de demander des aliments à son gendre ou à sa belle-fille; mais cette disposition a disparu de l'article 206 lors d'un remaniement effectué par la loi du 9 août 1919 (*Sup.*, n° 902).

Mais deux autres éventualités sont susceptibles de mettre fin à l'obligation alimentaire entre alliés, l'une qui est prévue par la loi, l'autre à laquelle notre jurisprudence reconnaît cette influence.

1° *Décès du conjoint qui produisait l'affinité.* — Lorsque l'époux qui produisait l'affinité vient à décéder *sans laisser de postérité issue de son union avec le conjoint survivant*, l'obligation alimentaire disparaît; *à ce point de vue spécial*, l'alliance est éteinte, alors qu'elle survit à d'autres égards (*Sup.*, n° 686); ainsi, la femme venant à mourir, ses parents ne peuvent plus demander des aliments à leur gendre, du moins s'il n'existe pas de descendance issue du mariage dissous par ce décès (art. 206); nos anciens auteurs disaient déjà, avec force : « *Morte ma fille, mort mon gendre.* » La présence d'un seul enfant ou petit-enfant suffit d'ailleurs à sauvegarder l'alliance et à maintenir le principe de l'obligation alimentaire.

2° La jurisprudence attribue le même effet, et même un effet plus radical encore, au *divorce* : une fois le mariage rompu du vivant des deux époux, chacun d'eux est libéré de toute obligation alimentaire vis-à-vis des parents de l'autre, et cela *quand bien même il existerait des enfants ou petits-enfants issus de l'union dissoute*; en effet, la dette alimentaire est désormais régie, non par les articles 205 et suivants, mais par l'article 301; or, ce texte ne vise que la pension alimentaire entre les anciens époux, non au profit de leurs ci-devant beaux-parents (Civ. 13 juillet 1891, *S.* 1891, 1, 311, *D. P.* 1893, 1, 353).

N° 2. — *A quelles conditions l'obligation alimentaire entre en action*

1150. Conditions générales et conditions spéciales. — Il est des conditions qui ne concernent que telle ou telle catégorie de débiteur ou de créancier, ainsi la condition de *délai* formulée dans l'article 205, § 1 lorsque c'est à la succession du conjoint prédécédé que les aliments sont réclamés.

Mais ce sont les conditions *générales*, valables pour tous les cas, qui doivent surtout retenir notre attention; elles sont requises soit chez le *créancier*, soit chez le *débiteur* d'aliments.

1151. — I. Le créancier doit être dans le besoin (article 208); c'est au juge du fait qu'il appartient de rechercher si cette condition est réalisée dans l'espèce; pour s'en enquérir, il prend en considération les *revenus* du requérant plutôt que son *capital* : on ne peut pas obliger un propriétaire à se défaire d'un bien improductif pour se constituer une rente viagère (Req. 23 fév. 1898, *D. P.*, 1898, 1, 303, *S.*, 1902, 1, 307). D'autre part, et dans l'appréciation des revenus, on tient compte des *possibilités* plutôt que des *réalités* : celui qui est à même de gagner sa vie en travaillant ne saurait émettre la prétention de pratiquer l'oisiveté au détriment de ses parents ou de ses alliés par qui il serait pensionné; enfin, on tient grand compte de l'âge, de la santé et des charges de famille : il faut que la demande de pension s'appuie sur un *motif légitime*; le *besoin* du requérant doit être justifié.

En revanche, les torts que le créancier pourrait avoir eus *dans le passé* n'entrent pas en ligne de compte; le débiteur ne saurait lui reprocher de s'être laissé acculer à la misère par négligence, imprévoyance, dissipation ou débauche; il semble même que les torts qu'il aurait eus envers celui à qui il s'adresse maintenant n'exerceraient pas une influence décisive sur le sort de sa demande; la question s'est posée dans le cas limite où le candidat à la pension alimentaire se trouverait menacé d'exclusion éventuelle par rapport à la succession de celui à qui il réclame des moyens d'existence (art. 727 : tentative de meurtre; accusation capitale jugée calomnieuse); mais autre chose est la vocation successorale, autre chose le droit aux aliments; ce n'est pas la qualité d'héritier présomptif qui sert de base à l'obligation alimentaire: la preuve en est que celle-ci existe entre certains alliés, alors que cependant « *l'alliance n'hérite pas* »; elle constitue un devoir d'humanité pour lequel il n'existe pas de cause d'indignité (*Sic.*, Chambéry, motifs, 6 mai 1891, *D. P.*, 1892, 2, 505).

Il faut cependant noter : 1. Qu'au cas de divorce, la pension alimentaire prévue par l'article 301 ne peut être allouée qu'à celui des époux qui a obtenu le divorce en sa faveur (*sup.* n° 1144); 2. Que la déchéance de la puissance paternelle, encourue par les parents ou par l'un d'eux, affranchit, ou peut affranchir les enfants de l'obligation alimentaire qui leur incombait vis-à-vis de leurs auteurs

devenus indignes (*sup.* n° 1124). Il y a là des fautes qui, commises par le conjoint ou par les parents, entraînent comme sanction, à l'encontre du coupable, la perte du droit à une pension alimentaire.

1152. — II. Le *débiteur* n'est astreint à servir les aliments qui lui sont demandés qu'autant que les deux conditions suivantes sont réunies dans sa personne :

1° Il est à même de fournir la prestation qui lui est demandée; tandis que le requérant est dans le *besoin*, il a, lui, du *superflu* (art. 208) : sans quoi, il ne saurait être sollicité : à l'impossible nul n'est tenu; là où il n'y a rien, la charité, fût-elle obligatoire, perd ses droits.

C'est au juge de paix qu'il appartient d'apprécier si cette condition — symétrique à celle qui est exigée chez le créancier — est remplie par le débiteur; et, pour y parvenir, il emploiera la même méthode, prenant en considération les revenus du défendeur, son âge, son état de santé, sa situation de famille, ses *possibilités* de gain plus encore que ses gains effectivement et actuellement réalisés.

1153. — 2° *Hiérarchie des différents débiteurs.* — Le créancier d'aliments ne peut pas choisir arbitrairement sa victime; conformément à la tradition, les tribunaux et les auteurs estiment généralement qu'il doit suivre un ordre déterminé, les différents débiteurs étant hiérarchisés pour le service des aliments. On s'accordait à les répartir dans les trois catégories suivantes :

a) Le *conjoint*; son devoir d'assistance est plus impérieux que celui de tous autres;

b) Les *parents*. — A égalité de degré, ils concourent; à degrés différents, le plus proche doit être recherché d'abord, ainsi de suite. Nombre d'auteurs estiment que la ligne descendante doit passer avant les ascendants; mais cette affirmation, purement gratuite, n'est étayée sur aucun argument décisif;

c) Enfin les *alliés*, dont l'obligation n'entre en jeu qu'en désespoir de cause : c'est une règle générale et traditionnelle que l'affinité produit des effets moins énergiques que l'alliance. On ne doit d'ailleurs pas distinguer non plus, à notre avis du moins, entre alliés de la ligne descendante et alliés de la ligne ascendante; l'opinion contraire, qui fait passer les premiers avant les seconds, est absolument arbitraire.

Remarque. — Bien entendu, la hiérarchie que nous venons d'indiquer est théorique, en ce sens du moins qu'elle pourra recevoir un démenti des faits lorsque le débiteur du premier

rang sera hors d'état de venir au secours du créancier dans le besoin; force sera alors de s'adresser au débiteur du deuxième rang et, à son défaut, aux débiteurs subséquents. Mais il n'en reste pas moins que le requérant devra, dans l'ordre des sondages qu'il effectue, suivre l'ordre indiqué.

Jurisprudence nouvelle. — La Cour de cassation a posé le principe du caractère *cumulatif* de l'obligation alimentaire : le demandeur pourrait s'en prendre à qui bon lui semble et choisir librement sa victime, sans être tenu, ni d'englober tous les débiteurs dans une même poursuite, ni d'engager des actions successives contre eux, en suivant un ordre déterminé; sa liberté de détermination serait entière (Civ. 2 janv. 1929, *D. P.*, 1929, 1, 137, note Savatier); il pourrait donc s'adresser à des alliés sans avoir à mettre d'abord en cause ses parents (même arrêt). Cet aménagement collectif de l'obligation alimentaire a quelque chose d'étrange et même de choquant; il est contraire à la tradition : Pothier affirmait le caractère subsidiaire de l'obligation des grands-parents par rapport à celle des parents, comme aussi de l'obligation des petits-enfants eu égard à celle des enfants (*Traité du contrat de mariage*, n^os^ 387 et 393); il va à l'encontre du mouvement législatif contemporain; les codes récents ont soin d'établir une hiérarchie entre les personnes tenues au service alimentaire (C. civ. *allemand*, art. 1606 et 1608; C. civ. *suisse*, art. 329, § 1; Code *soviétique* de la famille, art. 173; C. civ. de la *Chine*, art. 1115); il est impossible d'approuver une jurisprudence dont les inconvénients et les points faibles sont visibles, dont les avantages et les points d'appui demeurent obscurs.

1153*bis*. Pouvoir souverain d'appréciation. — Les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation souverain, tant pour fixer la quotité de la pension alimentaire, que pour décider si une pension quelconque est due; ce sont là questions de fait dont la solution appartient exclusivement aux juges du fond (Req., 21 mai 1930, *D. H.*, 1930, 428).

N° 3. — *Objet et quantum de l'obligation alimentaire : comment elle s'exécute*

1154. I. Objet et quantum de l'obligation alimentaire. — Il faut exposer les *principes généraux*, puis les particularités afférentes à la pension allouée en cas de *divorce* ou de *séparation de corps*.

A. — *Principes généraux.* — 1° La dette alimentaire a une étendue qui se détermine par le double critère de l'arti-

cle 208 : *besoin* de celui qui en réclame l'exécution et *facultés* de celui à qui cette exécution est réclamée.

2° L'obligation alimentaire ne tend pas à procurer au créancier uniquement des *aliments*, c'est-à-dire de la *nourriture*, mais tout ce qui est nécessaire à la vie — ou à la mort — la *vêture*, le *logement*, les *soins médicaux* ou *chirurgicaux* (Trib. civ., Seine, 11 juillet 1922, *D. P.*, 1924, 2, 105, note NAST), les *soins hospitaliers* (L. 7 août 1851, art. 5; Civ., 20 juin 1928, *D. H.*, 1928, 448), et jusqu'à une *inhumation* décente (Trib. civ. Seine, 7 janv. 1902, *D. P.*, 1902, 2, 174, *S.*, 1903, 2, 52). La terminologie consacrée est donc inexacte et trompeuse; mais tout doute est dissipé à cet égard par la tradition à laquelle notre jurisprudence se conforme constamment.

3° Le *quantum* de l'obligation est déterminé, soit à l'amiable si les intéressés parviennent à s'entendre à ce sujet, soit par jugement dans le cas contraire. Mais, de toute façon, *cette détermination conventionnelle ou judiciaire n'est jamais que provisoire*; l'article 209 prévoit la *réduction* de la dette ou la complète *décharge* du débiteur, et il est certain qu'une *augmentation* du montant de la dette peut être également demandée par le créancier (Req., 19 mars 1883, *D. P.*, 1884, 1, 16), et cela même dans l'éventualité d'un divorce ou d'une séparation de corps (Req. 9 mai 1932, *D. H.* 1932, 330; 12 fév. 1934, *S.* 1934, 1, 125). Il faut, en effet, que le double critère de l'article 208 — besoin du créancier et facultés du débiteur — reçoive une exacte application, non seulement au jour de l'aménagement de la dette, mais *à tout moment* : les changements importants survenus de part et d'autre devront donc logiquement se traduire par un remaniement du *modus vivendi* qui ne saurait jamais prétendre à l'autorité de la chose définitivement jugée.

Mais il va sans dire que l'obligation alimentaire ne disparaît pas et ne s'atténue pas de plein droit et automatiquement; il y faut une décision judiciaire (trib. civ. Périgueux, 5 mars 1930, *D. P.*, 1931, 2, 77).

1155. — B. *Particularités au cas de divorce ou de séparation de corps.* — 1° Lorsque la dette alimentaire entre en action à l'occasion d'un *divorce ou d'une séparation de corps*, les principes ci-dessus reçoivent bien encore leur application (Req., 12 mai 1936, *D. H.*, 1936, 330); cependant, le premier, qui est relatif à la détermination initiale du montant de l'obligation, peut être modifié et refoulé par l'intervention d'une autre règle, inscrite dans l'article 301, aux termes duquel le tribunal peut accorder *à l'époux qui a*

obtenu le divorce, une pension alimentaire *qui ne pourra excéder le tiers des revenus de l'autre époux*, pension qui est toujours susceptible d'être modifiée ou même d'être supprimée, conformément au troisième principe général que nous avons posé.

Ainsi, on voit apparaître, *en cas de divorce*, un maximum, un forfait qui vient s'opposer aux deux critères de l'article 208 et en gêner parfois l'application : quel que soit le besoin du créancier et si élevées que soient les ressources du débiteur, la pension allouée à l'époux offensé ne pourra jamais excéder le *tiers* des revenus du conjoint aux torts duquel le divorce a été prononcé, sauf convention contraire entre les intéressés, la disposition de l'article 301 ne présentant pas un caractère d'ordre public (Req., 28 juill. 1903, *D. P.*, 1904, 1, 37, *S.*, 1905, 1, 9, note Naquet).

1156. Séparation de corps. — La disposition de l'article 301 ne vise que le cas de divorce : convient-il de l'étendre à celui de la *séparation de corps*? Certainement non, semble-t-il, d'abord parce qu'elle est dérogatoire au droit commun des articles 205 et suivants, de l'article 208 notamment, puis parce qu'elle suppose expressément que la pension est allouée à l'époux victorieux, supposition toute naturelle au cas de divorce, alors que c'est seulement cet époux qui peut prétendre à une pension, mais supposition inattendue et singulière au cas de séparation de corps, l'époux coupable lui-même pouvant alors se voir allouer une pension (*Sup.*, n° 1142).

Cependant, notre jurisprudence n'entre pas nettement dans ces vues simples et justes; autant qu'il paraît résulter de divers arrêts, la Cour de cassation distingue selon que le tribunal a étayé la pension sur les articles 205 et suivants, ou bien qu'il l'a rattaché à l'article 301, *texte absolument étranger à la séparation de corps*, mais qu'une jurisprudence constante permet d'évoquer et d'appliquer dans un cas comme dans l'autre (outre les arrêts cités *infra*, v. Req., 17 déc. 1935, *S.*, 1936, 1, 111); dans la première éventualité, le double critère de l'article 208 joue librement; mais dans la deuxième, le maximum de l'article 301 viendrait en refouler l'application au profit du conjoint coupable et à l'encontre de l'époux outragé, puisque cette disposition ne peut fonctionner que dans le cas, d'ailleurs le plus fréquent, où la pension est allouée à ce dernier (Comp. Civ., 10 mars 1903, *S.*, 1903, 1, 222; Req., 2 juill. 1919, *S.*, 1920, 1, 74; 20 janvier 1920, *S.*, 1921, 1, 64, *D. P.*, 1921, 1, 72; Civ., 20 fév. 1929, *D. H.*, 1929, 178, *S.*, 1929, 1, 223). Tout

dépendrait donc d'un artifice ou d'un hasard verbal; le tribunal pourrait, en appuyant sa décision sur les articles 205 et suivants ou sur l'article 301, écarter on faire intervenir à volonté le maximum édicté par ce dernier texte; sa liberté serait entière à cet égard, *du moins lorsqu'il attribue la pension, comme il arrive assez ordinairement, à l'époux en faveur duquel la séparation est intervenue.* C'est à de tels résultats qu'on aboutit lorsqu'on mélange des principes que le législateur a entendu cantonner dans des compartiments différents et qu'on fait du confusionnisme là où l'ordre serait tellement nécessaire.

En réalité, c'est seulement lorsque la séparation de corps a été *convertie en divorce* que la pension, précédemment allouée à l'époux offensé, change de nature et que, ne pouvant plus être rattachée au mariage désormais détruit, elle puise sa source dans la disposition de l'article 301; il en résulte qu'elle devient alors passible du maximum édicté par ce texte et qu'elle doit donc, s'il y a lieu, être ramenée au tiers des ressources de l'époux coupable (Colin et Capitant, t. I, p. 337; Rouast, n° 707).

1157. — 2° La pension alimentaire allouée au cas de *divorce* offre cette *autre particularité* de pouvoir se doubler d'une *indemnité supplémentaire et distincte* accordée à l'époux outragé à raison d'un préjudice, matériel ou moral, découlant pour lui des faits qui ont motivé le divorce. C'est, par exemple, un mari qui a infligé de mauvais traitements à sa femme, ou qui lui a communiqué une maladie contagieuse, ou qui lui avait adressé, au cours de l'instance, des lettres contenant des allégations injurieuses; ou bien c'est une femme qui a rompu brusquement, après le mariage civil, décommandant, sans aucun motif valable, la cérémonie religieuse et plaçant ainsi son mari dans une situation ridicule. Dans des éventualités de ce genre, la jurisprudence considère que la victime a subi, à raison du traitement qui lui a été infligé, *un préjudice matériel ou moral distinct de celui qui découle déjà pour elle de la rupture du lien conjugal*, et lui permettant d'obtenir, en plus de la pension alimentaire destinée à suppléer au devoir de secours, des dommages-intérêts qui n'ont rien d'alimentaire, qui sont basés sur la disposition générale de l'article 1382 et fixés soit sous la forme d'une rente, soit sous celle d'un capital versé par le coupable une fois pour toutes (*Sic.*, Req., 3 janv. 1893, *D. P.*, 1893, 1, 127; Civ., 20 fév. 1912, *S.*, 1912, 1, 569; 6 août 1912, *D. P.*, 1914, 1, 228; 21 juin 1927, *S.*, 1927, 1, 299, *D. P.*, 1928, 1, 5, note Ripert; Req., 27 juill. 1931,

D. H., 1931, 507, *S.*, 1931, 1, 374; Rennes, 13 nov. 1923, *D. H.*, 1924, 18; Paris, 23 mars 1928, *D. H.*, 1928, 325; trib. civ. Rhône, 21 déc. 1926, *D. P.*, 1928, 2, 112). Il y a là une jurisprudence fort intéressante, qui est approuvée par la doctrine (RIPERT, note précitée) et qui est susceptible de recevoir un développement important, les tribunaux ayant une tendance de plus en plus accusée à découvrir, pour l'époux offensé, l'existence d'un préjudice distinct de celui qui résulte pour lui de la seule rupture du lien conjugal et prenant en considération, à cet égard, les tristesses d'un abandon injustifié (Trib. civ., Rhône, précité).

1158. — A la différence de la première particularité que nous avons signalée, celle-ci se prête, sans aucune objection, à son extension, du divorce à la *séparation de corps* : en effet, d'une part, ce sont les mêmes causes qui sont à la base du divorce et de la séparation de corps (*Sup.*, n^os^ 987 et 988), et d'autre part, l'article 1382 a une portée tout à fait générale; il est donc logique que l'époux qui obtient la séparation puisse, aussi bien que celui qui fait prononcer le divorce en sa faveur, se faire allouer, s'il y a lieu, une indemnité distincte correspondant au préjudice spécial par lui éprouvé à raison des faits qui ont déterminé la séparation et abstraction faite de la séparation elle-même (ROUAST, n° 678; trib. civ. Alençon, 19 avril 1932, *D. H.*, 1932, 342).

1159. II. Mode d'exécution. Principe. — Les aliments sont fournis, non pas en nature, mais en argent, sous la forme d'une pension dont les arrérages sont périodiques et doivent être servis *au début de chaque période* et sont *quérables;* conformément au droit commun, le créancier doit aller chercher son paiement chez le débiteur (art. 1247, § 2); il dépendrait d'ailleurs du tribunal de décider qu'il sera effectué au domicile du créancier ou bien chez une tierce personne, par exemple dans l'étude d'un notaire.

Dans tous les cas, le créancier d'aliments doit se garder soigneusement d'une négligence prolongée, car une jurisprudence constante, encore que ne reposant sur aucun texte, lui interdit de demander après coup le paiement des arrérages de sa pension antérieurement échus et dont il aurait négligé de réclamer le versement lors de l'échéance : « *Aliments n'arréragent pas* », c'est là une règle du droit coutumier, à base de présomption : on considère que la preuve est faite que le créancier n'était pas dans le besoin et qu'il pouvait se passer d'un secours dont il n'a pas usé (Req., 23 nov. 1920, *D. P.*, 1921, 1, 79; Bordeaux, 13 août 1872; *D. P.*, 1873,

2, 120). Mais la présomption est simple; elle comporte la preuve contraire, laquelle incombe au demandeur qui aura la ressource d'établir la réalité de sa détresse (Req., 30 janv. 1933, *S.*, 1933, 1, 103, *D. H.*, 1933, 114; Paris, 3 juin 1930. *Gaz. trib.*, 15-16 déc. 1930; 20 juill. 1931, *S.*, 1933, 2, 22; Angers, 13 mai 1936, *D. H.*, 1936, 416, V. la chronique de M. GAUDEMET dans la *Rev. trim.*, 1922, p. 607; 1928, p. 127; 1931, p. 381).

De plus, la déchéance, si elle est encourue, est limitée au passé; les arrérages continuent à courir pour l'avenir.

1160. Cas exceptionnels. — Le principe de l'exécution en argent peut être écarté du consentement des intéressés qui conviennent que le créancier d'aliments sera hébergé dans la maison de son débiteur : *l'exécution en nature* se trouve ainsi substituée à l'exécution en argent; mais cette substitution ne peut pas être *imposée* par l'une des parties à l'autre, sauf cependant dans les deux cas suivants :

1° *Les ressources du débiteur sont insuffisantes.* — Le débiteur d'aliments prouve qu'il ne dispose par des fonds que nécessiterait le service d'une pension; le tribunal peut alors ordonner qu'il recevra le créancier dans sa demeure, afin de le loger et de l'entretenir (art. 210);

2° *Le débiteur est le père ou la mère du créancier d'aliments.* — Alors disparaissent les inconvénients d'une promiscuité qui devient toute naturelle; l'enfant ne pourra pas décliner l'offre qui lui est adressée par ses parents de vivre en commun avec eux et à leurs frais (art. 211).

N° 4. — *Sanctions édictées en vue d'assurer d'exécution de la dette alimentaire*

1161. — Il y a lieu de distinguer les *sanctions civiles* et les *sanctions pénales*.

I. **Sanctions civiles. Compétence.** — Si l'accord ne peut pas s'établir entre les intéressés, le candidat à la pension alimentaire saisit le juge compétent qui est, pour les demandes fondées sur les articles 205, 206 et 207, et *ratione materiæ, le juge de paix* jusqu'à 4.500 francs en premier ressort, et, au-dessus de cette somme, le tribunal de première instance; on prend en considération, pour fixer ce départ de compétence, le *montant annuel* de la pension réclamée (L. 12 juill. 1905, art. 7, mod. par la loi du 1er janv. 1926, art. 7 et par le décret-loi du 28 mars 1934, art. 12). *Ratione personæ*, la compétence se détermine, conformément au

droit commun, par le domicile du défendeur (C. pr., art. 59, § 1).

Dérogations. Ces directives en matière de compétence comportent trois ordres de dérogations :

1° Lorsque c'est un *ascendant* qui est demandeur, il a la facilité de saisir de sa requête le juge de son propre domicile; ainsi en a décidé la loi du 6 avril 1932 qui a modifié, à cet effet, les articles 2, 50, § 1 et 59, § 1, du Code de procédure : on ne veut pas qu'un ascendant âgé et dans la détresse, soit mis dans l'obligation d'aller plaider au loin, devant le juge du domicile de son descendant qui a peut-être quitté son village pour habiter dans quelque ville située à l'autre extrémité de la France; le demandeur a désormais le choix entre les deux juridictions, celle du défendeur et celle de son domicile personnel; la compétence *ratione loci* devient ainsi une compétence à deux branches, mais au profit de l'ascendant seul et sans réciprocité, car l'article 7 de la loi de 1905 ne vise que les demandes fondées sur les articles 205, 206 et 207;

2° Si la demande d'aliments est formée *entre époux*, elle est invariablement de la compétence du tribunal de première instance (V. Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure, Suppl.*, n° 528);

3° Si c'est le *conjoint survivant* qui réclame des aliments à la succession de l'époux prédécédé, la demande est liée aux opérations du partage; le seul tribunal compétent pour en connaître est donc le tribunal de première instance du lieu d'ouverture de la succession (C. civ., art. 822, § 1, mod. par l. 15 mars 1928).

Le jugement rendu comporte *hypothèque* sur les biens du débiteur, conformément aux principes généraux (art. 2123).

Muni de ce jugement, le créancier peut recourir aux voies d'exécution, c'est-à-dire pratiquer la *saisie* des biens de son débiteur, y *compris les biens insaisissables eux-mêmes*; c'est ainsi que la femme peut saisir même la partie du traitement de son mari déclarée insaisissable par la loi (Civ., 26 mai 1913, *S.*, 1913, 1, 318).

1162. Sanctions spéciales entre époux. — Le règlement de l'obligation alimentaire est assuré, *entre conjoints*, par des mesures appropriées qui viennent se superposer aux sanctions civiles du droit commun.

1° Au cas de *séparation de corps* ou même de *divorce*, *la femme*, à qui une pension alimentaire a été allouée par le tribunal, est assurée de son *hypothèque légale* qui porte sur tous les immeubles du mari et qui, prenant rang au jour du

mariage, garantit efficacement l'exécution de la dette incombant à ce dernier (Req., 15 déc. 1909, *S.*, 1912, 1, 313, note GAUDEMET; *D. P.*, 1911, 1, 25, note de LOYNES; 3 juillet 1928, *D. P.*, 1929, 1, 9, note SAVATIER).

2° D'une façon plus générale, et *sous tous les régimes*, l'époux créancier d'aliments a la faculté d'utiliser, vis-à-vis de son conjoint débiteur, la disposition de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907, aux termes de laquelle « *faute par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari, l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins* ». Cette disposition est très générale; elle ne distingue ni d'après le régime matrimonial des époux, ni suivant que c'est le mari ou bien la femme qui se dérobent à leurs obligations, et c'est une *faculté réciproque* qu'elle établit au profit de l'un et de l'autre; il suffit, pour qu'elle reçoive application, que l'époux débiteur des aliments, quel qu'il soit, exerce une profession qui soit pour lui la source d'une rémunération quelconque : salaire, appointements, traitement, etc.; son conjoint, créancier d'aliments, pourra obtenir satisfaction au moyen d'une procédure très rapide qui est décrite dans les articles 7 et suivants de la loi de 1907, qui se déroule devant le *juge de paix*, et qui s'inaugure par l'autorisation de saisir-arrêter, délivrée par ce magistrat à la requête du créancier.

Il est à remarquer que cette disposition peut être utilisée, non seulement pour le recouvrement de la pension due par l'un des conjoints à l'autre, mais également pour assurer le paiement des aliments dus aux enfants par l'un de leurs auteurs; ces aliments sont bien, en effet, une « *charge du ménage* »; si l'un des parents se dérobe à leur prestation, l'autre sera à même de le rappeler à ses devoirs en recourant à la procédure de saisie-arrêt instituée par la loi de 1907.

3° Enfin, le refus de servir des aliments à un conjoint dans le besoin pourrait être considéré comme une *injure grave* de nature à motiver la séparation de corps ou le divorce aux torts et griefs du contrevenant.

1163. II. Sanctions pénales. — Malgré tout, les sanctions civiles peuvent être insuffisantes, et d'ailleurs bon nombre d'entre elles sont spéciales à l'obligation alimentaire entre époux. Le système du Code civil s'est révélé, dans la pratique, inefficace à l'encontre d'un débiteur sans scrupules, fermement résolu à se soustraire à l'obligation ali-

mentaire qui pèse sur lui. Il fallait recourir à des moyens sans réplique pour vaincre son inertie et pour assurer ainsi l'exécution d'une dette sacrée entre toutes : il fallait doubler les sanctions civiles d'une sanction pénale suffisamment rigoureuse pour exercer une pression sur la volonté du débiteur récalcitrant.

Cette réforme a été réalisée par une loi du 7 février 1924 dont la teneur a été modifiée par une autre loi du 3 avril 1928. D'après les nouveaux textes, le défaut de paiement de la pension est constitutif d'un *délit pénal*, le délit *d'abandon de famille*; bien entendu, il s'agit ici non d'un abandon matériel concernant la personne physique de l'enfant, prévu et puni par l'article 349 C. pén., mais d'un abandon *d'ordre pécuniaire*, d'un abandon de secours. Le nouveau délit est puni d'un emprisonnement de *trois mois* à *un an* et d'une *amende* de 100 à 2.000 francs; de plus, le coupable peut être privé de ses droits civiques, et, s'il était investi de la puissance paternelle, il peut en être déchu; s'il est marié, il n'a plus qualité pour habiliter sa femme (art. 3 de la loi de 1924, C. civ., art. 222, § 2). Enfin, au cas de récidive, la peine de l'emprisonnement devient obligatoire (article 1er de la loi).

1164. — Pour que ce faisceau de pénalités sévères et variées entre en action à l'encontre du débiteur de la pension alimentaire, certaines conditions doivent se trouver réunies :

1° Il faut qu'il s'agisse d'une véritable obligation alimentaire, c'est-à-dire d'une obligation *née de la loi et fondée sur les devoirs de famille*; le délit d'abandon de famille n'existe pas lorsque le mari n'exécute pas la condamnation tendant à lui imposer le versement, entre les mains de la femme commune en biens et à la suite d'un divorce, d'une pension mensuelle simplement représentative d'une avance sur la part à revenir à la femme dans la communauté (*Sic*, Crim., 23 déc. 1932, *D. P.*, 1933, 1, 80, note Nast; 29 juill. 1933, *S.*, 1935, 1, 34; V. *sup.*, n° 1144); plus généralement, ce délit est conjuré du moment que le tribunal, en prononçant le divorce et en instituant une pension alimentaire, écarte l'application de l'article 301 (Crim., 19 oct. 1935, *D. H.*, 1936, 5);

2° La dette alimentaire inexécutée doit exister au regard du *conjoint*, d'un *descendant* ou d'un *ascendant*, sans distinction d'âge ni de degré; si le créancier est un allié, il semble bien que les sanctions pénales n'interviennent pas. C'est cependant en sens contraire que s'est prononcée la Chambre criminelle de la Cour de cassation, sous le prétexte

que le nouveau délit créé par la loi de 1924 a reçu le nom d' « abandon de *famille* », ce qui indiquerait, de la part du législateur, la volonté de sanctionner les manquements aux obligations alimentaires établies par le Code civil entre membres d'une même famille, laquelle comprend, non seulement les parents, mais aussi les alliés (Crim., 4 juill. 1925, *S.*, 1926, 1, 329). Par là, la Chambre criminelle méconnaît le principe que les textes qui édictent des pénalités comportent l'interprétation stricte : *nulla pœna sine lege*; de plus, elle donne aux mots *descendant, ascendant*, une signification anormalement compréhensive en leur faisant englober l'ascendance et la descendance par alliance (V. sur ce point et dans notre sens, la note de M. J.-A. Roux, qui accompagne l'arrêt critiqué);

3° Le débiteur de la pension doit avoir été condamné à la payer par une décision de justice, ordonnance ou jugement : son obligation doit avoir été officiellement consacrée (Crim., 24 avril 1931, *S.*, 1932, 1, 276; 24 déc. 1932, *D. P.*, 1933, 1, 86); peu importe d'ailleurs que ce soit à l'occasion d'une procédure de divorce ou de séparation de corps (Crim., 20 déc. 1935; *D. H.*, 1936, 53), ou dans toute autre circonstance;

4° Il est resté plus de *trois mois* « *sans fournir les subsides déterminés par le juge, ni acquitter les termes de la pension* » (art. 1er de la loi);

5° L'inexécution de la dette est, de sa part, *volontaire*; c'est intentionnellement qu'il s'abstient de servir les arrérages mis à sa charge. S'il est à même d'invoquer une excuse tirée, par exemple, de son éloignement ou de sa gêne, il échappe à l'application de la loi de 1924 qui ne frappe que *le débiteur de mauvaise foi*.

Lorsque ces cinq conditions se trouvent réunies, et alors même que le défaut de paiement ne serait que *partiel* (Crim., 20 déc. 1935, précité), une plainte peut être déposée entre les mains du procureur de la République et le coupable sera traduit devant le tribunal dans le ressort duquel *la pension devait être payée ou les subsides fournis* (art. 2 de la loi de 1924, modif. par la loi du 3 avril 1928; Crim., 1er avril 1933, *D. H.*, 1933, 270). L'action publique suit son cours et la condamnation doit intervenir, alors même que le prévenu effectuerait, au cours de la procédure, le versement des termes arriérés de la pension (Crim., 2 août 1935, *D. H.*, 1935, 493).

1165. — Il est à noter :

1° Que la loi de 1924 vient sanctionner la décision prise par le juge de paix en vertu de l'article 7 de la loi du

3 juillet 1907, ainsi qu'elle s'en explique expressément dans son article premier;

2° Qu'elle est applicable même après séparation de corps ou *après divorce*, ainsi que le décidait, d'ailleurs, la Cour de cassation antérieurement à la réforme de 1928 et sur le texte de la loi de 1924 (Crim., 5 août 1927, *S.*, 1929, 1, 78; 11 fév. 1928, *D. H.*, 1928, 201).

(Sur l'abandon de famille, v. parmi les *rapports préparatoires à la semaine internationale du droit*, de 1937, ceux qui ont trait à cette matière, et notamment, pour la France, celui de M. Bouzat, pp. 71 et suiv.)

N° 5. *Caractères juridiques de l'obligation alimentaire*

1166. — *Délimitation du sujet.* — Nous éliminons de notre étude :

1° *D'une façon absolue, l'indemnité complémentaire* que le tribunal peut allouer, en vertu de l'article 1382, à l'époux offensé qui obtient contre son conjoint un jugement de divorce ou de séparation de corps, indemnité qui ne présente aucun caractère alimentaire et qui est donc régie par le droit commun des obligations (*Sup.*, n^os^ 1157 et 1158);

2° *Provisoirement*, et pour en traiter à part, la pension alimentaire allouée à ce même époux, au cas de divorce et par application de l'article 301 (*Inf.*, n^os^ 1173 et 1174).

Cette double précision effectuée, il convient de reconnaître à l'obligation alimentaire les nombreux caractères suivants :

1° Elle constitue une dette ordinaire, en ce sens qu'elle n'est *ni solidaire, ni indivisible*;

2° Elle est *strictement personnelle*, activement et passivement;

3° Elle est *indisponible*;

4° Elle est constamment sujette à *révision*;

5° Elle présente un caractère d'*ordre public*;

6° Elle sert de *support à certains rapports juridiques*;

7° Elle présente un caractère de *réciprocité*.

1167. 1° **L'obligation alimentaire est une dette ordinaire en ce sens qu'elle n'est ni solidaire ni indivisible.**

a) *Elle n'est pas solidaire* : à supposer que plusieurs personnes soient tenues simultanément de fournir des aliments à un même créancier, celui-ci ne saurait demander le paiement intégral à un seul de ses débiteurs, mais il doit diviser ses poursuites entre eux. L'idée de solidarité — obligation

au tout — qui était admise par nos anciens auteurs, a bien reçu jadis la consécration de quelques décisions judiciaires; elle a été, depuis, écartée par la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ., 6 août 1894, *S.*, 1894, 1, 416) et des cours d'appel (Caen, 22 déc. 1904, *S.*, 1905, 2, 265; Nancy, 18 déc. 1919, *D. P.*, 1920, 2, 101) : et c'est qu'en effet, la solidarité ne se présume pas (art. 1201, § 1); elle ne peut résulter que d'un texte de loi ou de la convention des parties; or, l'un comme l'autre font défaut en notre matière (V. cependant la note de M. Rouast citée *infra*);

b) *L'obligation alimentaire n'est pas davantage indivisible* : son objet — une somme d'argent — est essentiellement divisible; l'indivisibilité ne pourrait donc résulter que de la convention des parties ou d'une disposition de la loi, et, sur ce terrain encore, c'est un procès-verbal de carence qu'il faut dresser (Req., 6 mars 1895, *D. P.*, 1895, 1, 237; *S.*, 1896, 1, 232).

Malgré cette double caractéristique de non-solidarité et de non-indivisibilité, il n'en reste pas moins que la dette alimentaire des *parents* envers leurs *enfants* se divise, dans leurs rapports respectifs, entre le père et la mère qui, *quant à la contribution*, en supporteront définitivement le poids « proportionnellement à leurs ressources » (Civ., 27 mars 1935, *S.*, 1936, 1, 103; *D. P.*, 1936, 1, 25, note Rouast); en conséquence, celui des parents qui aurait acquitté l'obligation pour le tout, serait fondé, comme le décide cet arrêt, à exercer un recours contre son conjoint défaillant.

1168. 2° L'obligation alimentaire est strictement personnelle, activement et passivement.

a) *Activement*, elle s'éteint avec le créancier à qui elle était destinée à procurer les ressources indispensables; elle ne passe point à ses *héritiers*; de plus, elle échappe, de son vivant, à ses propres *créanciers* qui ne sauraient en provoquer la réalisation par la voie oblique de l'*action indirecte*, car cette voie leur est fermée en ce qui concerne les droits et actions qui sont exclusivement attachés à la personne (art. 1166 *in fine*).

b) *Passivement*, elle présente le même caractère de personnalité qui s'affirme également vis-à-vis des héritiers et à l'égard des créanciers : d'une part, elle s'éteint avec le débiteur dont les *héritiers* n'en sont point tenus, du moins en cette qualité, et ne sauraient être recherchés par le créancier que pour le paiement des *arrérages échus*; d'autre part, les créanciers sont sans qualité pour poursuivre, par la voie oblique et du chef de leur débiteur, la réduction de la pen-

sion mise à la charge de celui-ci (Douai, 11 déc. 1906, *S.*, 1909, 2, 213, *D. P.*, 1909, 2, 28).

Toutes ces solutions sont conformes à la logique et à l'équité; comme on l'a dit, la dette alimentaire est un « *devoir de position* » (Ch. Beudant), et cette position ne peut pas être modifiée dans un sens ou dans l'autre; les termes de ce rapport juridique sont immuables.

1169. Dérogations. — La règle de l'*intransmissibilité* de l'obligation alimentaire est absolue du côté actif; mais; au point de vue passif, elle comporte certaines dérogations :

a) Comme on l'a vu, *la succession* d'un époux prédécédé doit des aliments au conjoint survivant (art. 205; *Sup.*, n° 1146);

b) La succession du père ou de la mère d'un enfant incestueux ou adultérin en doit à cet enfant (art. 762 et 764).

Ces exceptions sont justifiées, la première par cette considération que le conjoint survivant n'est pas nanti d'une *réserve*, la deuxième par cette raison décisive que les enfants issus de relations incestueuses ou adultérines sont dépourvus de toute vocation héréditaire par rapport à leurs auteurs (art. 762).

Certains arrêts ont admis une troisième dérogation pour la pension alimentaire établie à la suite d'une séparation de corps (Civ., 10 mars 1903, *S.*, 1903, 1, 222). Mais cette solution doit être critiquée; elle se rattache à une confusion précédemment signalée et dans laquelle tombe notre jurisprudence qui rattache volontiers l'obligation alimentaire entre époux séparés de corps à l'article 301, texte qui vise uniquement le cas de divorce (*Sup.*, n° 1156), alors qu'elle découle en réalité des articles 205 et suivants et plus précisément de l'article 212. Il s'agit là d'une pension alimentaire comme une autre, pouvant être allouée à l'époux coupable comme à l'époux offensé, et qui doit donc être régie par le droit commun de la matière. (Pour le cas de *divorce*, voy. *Inf.*, n° 1174.)

1170. 3° L'obligation alimentaire est indisponible, et on entend par là qu'elle ne saurait changer de titulaire, ce qui est un nouvel aspect de son caractère strictement personnel.

a) Une jurisprudence constante proclame la créance d'aliments *incessible;* douée d'une affectation spéciale, elle ne conserve sa raison d'être qu'autant qu'elle réside sur la tête de celui dont elle doit assurer l'existence.

b) Non seulement elle est incessible, mais elle est également *insaisissable*, par application de l'article 581, C. pr., aux termes duquel les « *sommes et pensions pour aliments* » ne peuvent être l'objet d'une saisie. En conséquence, les créanciers du titulaire de la pension ne sauraient former opposition entre les mains du débiteur de celle-ci et lui faire ainsi défense de remettre les arrérages à l'ayant droit.

c) La pension alimentaire ne peut pas entrer en *compensation* avec une autre obligation et s'éteindre ainsi par un jeu de bascule (art. 1293 — 3°); là où la saisie-arrêt est impossible, la compensation, qui produit des effets immédiats et définitifs, l'est à plus forte raison.

En un mot, la loi veut assurer le maintien de la pension à son titulaire envers et contre tous, y compris lui-même; il y va de son existence.

1171. 4° **L'obligation alimentaire est constamment sujette à révision,** dans son *montant* et dans son *principe* même (*Sup.*, n° 1154).

1172. 5° **L'obligation alimentaire présente un caractère d'ordre public.** — Nous entendons par là, d'abord qu'elle doit s'exécuter absolument et quoi qu'il arrive, puis qu'elle est au-dessus des volontés privées.

a) Sur le premier point, en ce qui concerne l'exécution effective de l'obligation alimentaire, on a vu quelles précautions sont prises par la loi pour assurer au créancier d'aliments une complète satisfaction et comment sont brisés tous les obstacles qu'il pourrait rencontrer sur sa route : au besoin, le débiteur sera incarcéré en vue de vaincre sa résistance injustifiée. Il faut ajouter que, précisément à raison de son caractère d'ordre public, le statut français de l'obligation alimentaire s'impose même aux *étrangers* (Civ., 20 juill. 1936, *D. H.*, 1936, 474).

b) Sur le deuxième point, il est de doctrine et de jurisprudence constantes que le créancier d'aliments ne pourrait pas renoncer à ses droits; toute renonciation de sa part serait nulle et non avenue; on ne renonce pas à ses moyens d'existence. (Civ., 12 déc. 1921, *D. P.*, 1922, 1, 153, note Capitant; 11 janv. 1927, *D. P.*, 1927, 1, 129, note Capitant; *P.*, 1927, 1, 345, note Balleydier; Req., 26 juill. 1928; *S.*, 1928, 1, 366, *D. P.*, 1929, 1, 9, note Savatier; trib. civ. Mayenne, 8 déc. 1927, *D. P.*, 1928, 2, 159, note Savatier.) Il en résulte que le créancier d'aliments ne saurait renoncer aux *sûretés* qui garantissent le paiement des arrérages, *tout au moins lorsque ces sûretés lui sont conférées par la loi elle-même*

(arrêt précité du 12 déc. 1921) ; si elles ont été consenties par le débiteur, elles peuvent disparaître comme elles étaient nées, par un accord des intéressés (arrêt précité du 11 janv. 1927).

1172*bis*. 6° L'obligation alimentaire sert de support à certains rapports juridiques. — C'est ainsi qu'elle étaye une stipulation pour autrui tacite dont notre jurisprudence assortit le *transport de personnes* (*Inf.*, t. II, n^os^ 274 et 466) ; ainsi également qu'elle sert à justifier l'allocation d'une indemnité à la suite d'un accident mortel et au profit de certaines personnes vis-à-vis desquelles la victime était tenue d'une obligation alimentaire.

7° L'obligation alimentaire présente un caractère de *réciprocité* : l'article 207 est formel sur ce point. On a vu qu'il en va cependant autrement lorsque le père ou la mère ont encouru la déchéance de la puissance paternelle : leurs enfants sont alors déliés, vis-à-vis d'eux, de l'obligation alimentaire qui paraît bien continuer cependant à subsister à leur profit (L. 24 juill. 1889, art. 1^er^, mod. par D. L. 30 oct. 1935; *sup.*, n° 1124).

1173. Pension allouée à l'occasion d'un divorce. — Le principe de cette pension est posé, on l'a vu, dans l'article 301; or, l'interprétation de ce texte a soulevé une difficulté de principe, très sérieuse, quant à la *nature juridique* de ladite pension qui est considérée, par les uns, uniquement comme une *pension-secours* venant assurer, une fois le mariage dissous, l'exécution du devoir de secours de l'article 212 dont elle serait en quelque sorte le prolongement, tandis que d'autres auteurs, plus nombreux, la traitent comme une *pension-indemnité* ayant son fondement premier dans l'article 1382. Le choix entre ces deux conceptions est important; suivant qu'on se rallie à la première ou à la deuxième, on appliquera à la pension alimentaire après divorce les règles spéciales instituées pour la créance d'aliments ordinaires ou bien le statut général de la responsabilité délictuelle de l'article 1382.

Mais nous ne pensons pas qu'il y ait nécessité de se ranger dans l'un ou dans l'autre des camps adverses; à notre avis, la pension alimentaire après divorce participe des deux caractères entre lesquels on a voulu choisir; d'une part, son caractère *alimentaire* est indéniable; il est proclamé par la loi dans l'article 301 lui-même qui emploie les expressions « *pension alimentaire* » et qui subordonne la concession de ladite pension au besoin de l'époux offensé (Req., 12 mai

1936, *D. P.*, 1936, 1, 109, note SAVATIER) ; mais, d'autre part, cette pension est allouée à ce dernier à titre *indemnitaire* et en sanction de la faute commise par le conjoint contre lequel le divorce est intervenu (Civ. 4 nov. 1936, *S.* 1937, 1, 51) ; s'il en était autrement, si la pension avait sa source dans le mariage et non dans le divorce, dans le droit de secours, exclusivement, et non aussi dans le délit commis par l'époux coupable, on ne comprendrait pas qu'il n'en fût pas question dans les articles 205 et suivants, ni qu'elle fût refusée au conjoint coupable et nécessiteux.

Il y a donc, dans chacune des conceptions opposées, une part de vérité, et il serait excessif de considérer que la pension après divorce soit soumise, comme on a cru pouvoir le proclamer (Req., 12 mai 1936, précité), « à toutes les règles prescrites en matière d'aliments » ; une telle formule serait trop absolue; en réalité cette pension est une *pension alimentaire indemnitaire*; elle présente un caractère *mixte*; elle participe et des règles spéciales applicables aux créances d'aliments et du droit commun de la responsabilité (*Sic.*, Req., 12 fév. 1934, *D. H.*, 1934, 221, *S.*, 1934, 1, 125; Civ., 28 juin 1934, *S.*, 1934, 1, 377, note P. ESMEIN; RIPERT, note *D. P.*, 1928, 1, 5; ROUAST, n° 637; P. GERVÉSIE, *Pension alimentaire après divorce*, thèse Lyon, 1928).

1174. — La difficulté est d'opérer le départ entre les deux points de vue, de préciser dans quelle mesure et à quelle occasion chacun d'eux doit prévaloir.

1° Le caractère *alimentaire* s'affirme dans les solutions suivantes :

a) La pension est établie et est fixée en considération des besoins du créancier, et aussi eu égard aux ressources du débiteur dont elle ne doit pas absorber les revenus au delà du tiers (art. 301) ;

b) Elle affecte la forme d'*annuités*; il ne peut être accordé à l'époux offensé, du moins à titre alimentaire, une somme fixée en capital, une fois pour toutes;

c) Cette pension est sujette constamment à *révision*, afin de l'adapter à la situation actuelle, soit en fonction des ressources du débiteur (Civ. 18 oct. 1926, *D. P.* 1927, 1, 107, note ROUAST), soit d'après les changements survenus dans la situation du créancier, et sans que le requérant ait alors à justifier que l'état de besoin où il se trouve actuellement soit la conséquence directe du divorce, à l'exclusion d'événements ultérieurs ayant entraîné la diminution de ses ressources (Req. 12 mai 1936, précité);

d) Elle est garantie par l'*hypothèque légale* de la femme mariée, à la date du mariage (*Sup.*, n° 1162) ;

e) Elle est sanctionnée, à l'occasion, par les pénalités applicables à l'*abandon de famille* (*Sup.*, n^{os} 1163 et suiv.) ;

f) Le créancier peut, pour obtenir son paiement, saisir même des biens insaisissables (*Sup.*, n° 1161) ;

g) Enfin, la pension prend fin avec la mort de son titulaire : elle n'est pas transmissible activement (*Sup.*, n° 1168).

2° Quant au caractère *indemnitaire*, il commande aux solutions suivantes :

a) La pension ne peut être allouée qu'à l'époux offensé; elle est mise invariablement à la charge du conjoint coupable, auteur du délit qui a entraîné le divorce;

b) Par dérogation au droit commun (*sup.* n° 1168), la pension est *transmissible passivement* : la charge en passe, au décès du débiteur, à ses héritiers, et c'est sur le montant de la succession que l'on établit alors la limite du tiers des revenus (Civ., 10 mars 1903, *S.*, 1903, 1, 222, *D. P.*, 1903, 1, 593, note Planiol) ;

c) Le mari, condamné à la servir, ne peut pas émettre la prétention de l'imputer sur les intérêts des reprises de la femme commune en biens (Civ. 4 nov. 1936, précité) ;

d) L'époux créancier de la pension peut y renoncer, même pour l'avenir, ce qui lui serait interdit s'il s'agissait d'une pension exclusivement alimentaire (*sup.* n° 1172; Civ. 28 juill. 1903, *S.* 1905, 1, 9, note Naquet).

TITRE II

LA FAMILLE NATURELLE

1175. Existence d'une famille naturelle. — Bien que les rédacteurs du Code civil aient voulu jeter le voile sur les rapports hors mariage et encore qu'il ait été dit au cours des travaux préparatoires que « l'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée », on trouve, dans le code et dans la législation postérieure, les éléments constitutifs de la parenté naturelle et, par suite, de la famille naturelle; ainsi qu'il arrive toujours, la fiction a été démentie et vaincue par la réalité. Comme on le verra, la filiation naturelle peut être officiellement établie par divers moyens juridiques et elle devient, pour les parents comme pour les enfants, la source de prérogatives et de devoirs; notamment, elle est attributive d'une vocation *successorale réciproque* (*Inf.*, t. III, n^os^ 746 et s.); elle peut servir de base à la constitution d'un *bien de famille* (*Inf.* n° 1540); et elle est susceptible, grâce à la *légitimation*, de se transformer en une filiation légitime (*Inf.*, n° 1263).

1176. Etendue réduite de la famille naturelle. — Mais la famille naturelle est loin d'avoir la même ampleur que la famille légitime; elle ne possède pas la même force d'expansion; et cette infériorité tient à différentes causes précises.

1° L'enfant naturel n'est rattaché qu'à ses auteurs; il n'entre pas dans leurs familles; juridiquement, il n'est pas le petit-fils des auteurs de ses parents.

2° Dans la famille naturelle, la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant* est nécessairement sans application possible, puisque, par hypothèse, les auteurs de l'enfant n'étaient pas mariés lors de sa conception : le rattachement de l'enfant naturel à sa mère n'entraîne nullement son ratta-

chement à son père; l'attribution de la paternité n'est pas virtuellement impliquée par celle de la maternité: les deux branches de la filiation sont indépendantes l'une par rapport à l'autre.

3° A l'intérieur de la famille naturelle, l'*alliance n'existe pas* : une concubine n'est aucunement l'alliée des parents de l'homme avec qui elle vit maritalement (*Sup.*, n° 684).

A raison de ces trois particularités, la famille naturelle est en quelque sorte repliée sur elle-même; elle ne se propage pas à l'instar de la famille légitime; elle se limite aux père et mère et à leur descendance.

1177. L'union libre. — Le législateur de 1804 a voulu fermer pudiquement les yeux sur le *concubinage* : tandis que le droit romain avait soumis le *concubinat* à une réglementation précise et qu'il en avait fait une union, d'ordre inférieur mais régulière, le Code civil voit dans les relations hors mariage, même continues, un simple fait qu'il entend ignorer; les faux ménages restent en marge de la loi et ne peuvent en aucun cas, et même par la possession d'état prolongée, se transformer en des ménages réguliers. On ne trouve pas, dans le Code civil de 1804, un seul texte relatif au concubinage auquel on a ainsi voulu enlever, en le traitant par le mépris, toute signification juridique.

Mais les faits, les nécessités de la vie, les exigences de l'équité ont été plus puissants que la volonté législative; placée en présence de la réalité, notre jurisprudence a dû résoudre, coûte que coûte, de nombreux problèmes soulevés par le concubinage, et, si l'union libre n'est pas une institution, du moins a-t-elle revêtu une signification juridique de plus en plus accusée et est-elle devenue comme un centre obligatoire qui doit retenir l'attention du juriste (v. P. Esmein, *Le problème de l'union libre*, *Rev. trim.* 1935, p. 747; Guinard, *Les effets juridiques de l'union libre*, thèse Paris, 1933); les rapports juridiques qui en découlent se réfèrent soit aux rapports des concubins *entre eux*, soit à leurs rapports avec leurs *enfants*, soit à leurs rapports avec des *tiers*.

1178. — 1° En ce qui concerne les **rapports des concubins entre eux** il faut noter les solutions jurisprudentielles suivantes :

a) Le concubin assume, vis-à-vis de sa compagne, une *obligation naturelle* qui a pour objet, non seulement la réparation du préjudice subi dans le passé, notamment du fait de

la séduction (Poitiers, 29 oct. 1928, *D. P.*, 1929, 2, 19, note Voirin; Paris, 8 févr. 1930, *D. H.*, 1930, 233), mais encore la sécurité pour l'*avenir*. C'est une sorte d'obligation alimentaire qui lui incombe, avec cette particularité qu'elle n'est point civile, le concubinage étant un état précaire, auquel chaque partie peut mettre fin, librement, à un moment quelconque et sans engager sa responsabilité (Civ. 9 juill. 1935, *S.* 1936, 1, 29; 11 mars 1936, *S.* 1936, 1, 171; Lyon, 18 janv. 1929, *D. P.*, 1929, 2, 37; Aix, 28 déc. 1933, *D. P.* 1935, 2, 41, note M. Nast) mais seulement *naturelle*; la femme ne peut en exiger l'exécution, mais l'engagement pris à ce sujet, envers elle, par le concubin, est valable indépendamment de l'observation des formes des libéralités, car il trouve sa cause dans un devoir préexistant. (Rennes, 7 mars 1904, *S.*, 1907, 2, 241, note Hémard, *D. P.*, 1905, 2, 305, note Planiol); et, d'autre part, la rupture de la vie commune est de nature, sinon par elle-même (*Sic.*, Civ. 9 juill. 1935, précité. V. cependant, P. Esmein, *op. cit.*, pp. 776 et s., qui pense que tout abandon *injustifié* doit comporter une sanction), du moins par les conditions dans lesquelles elle intervient, d'engager la responsabilité de son auteur (v. cependant *contra*, mais alors que les relations hors mariage étaient entachées d'adultère, Civ. 9 juill. 1935, *D. H.* 1935, 444).

b) Les *libéralités entre concubins* ne sont pas prohibées en principe, et il est acquis que les relations hors mariage n'entraînent par elles-mêmes, entre ceux qui s'y livrent, aucune incapacité de disposer ou de recevoir (Req., 8 juin 1926, *D. P.*, 1927, 1, 113, note Savatier; 21 juin 1926, *S.*, 1926, 1, 194); mais il faut tenir compte du mobile auquel a obéi le disposant; si la libéralité a tendu à l'établissement ou au maintien de relations irrégulières, on considère que la *cause* en est illicite au sens de l'article 1131 et que l'opération est donc radicalement nulle; il en va autrement si elle tendait, dans la pensée du concubin, à s'acquitter d'une « obligation naturelle puisant sa source dans l'accomplissement d'un devoir de conscience » et à indemniser la concubine du préjudice moral ou matériel qu'il lui avait causé ou à assurer son existence après la cessation du concubinage. C'est donc la *fin* qui justifie le *moyen* employé; les *mobiles* décident du sort de la libéralité (Req., 8 juin 1926, *D. P.*, 1927, 1, note Savatier : 12 janv. 1937, *D. H.* 1937, 145; Rennes, 7 mars 1904, précité; L. Josserand, *Les mobiles*, n^os^ 129 et suiv. et *inf.* t. III, n° 1422).

c) La collaboration des concubins, dans le domaine patri-

monial, est susceptible de donner naissance à une *société de fait* justifiant le recours, en vue du partage des biens acquis en commun et de la répartition des bénéfices, à l'action *pro socio* (Req. 14 mars 1927, *D. H.* 1927, 223; trib. civ. de la Seine, 3 mai 1922, *D. P.* 1924, 2, 9, note Savatier; 26 avril 1934, *D. P.* 1936, 2, 43; Aix, décision et note précitée).

d) Si des constructions sont élevées par l'un des concubins sur le terrain appartenant à l'autre, l'article 555 ne pourra pas servir à dénouer la situation juridique ainsi établie; car ce texte régit les rapports entre tiers (*inf.* n° 1669); or, les concubins ne sont pas à considérer comme des tiers l'un par rapport à l'autre (Paris, 24 mai 1933, *Rev. trim.* 1933, p. 1232).

1179. 2° Rapports des concubins avec leurs enfants. — Nous verrons que ceux-ci peuvent être reconnus par leurs parents (mais sans que ces derniers soient tenus de le faire, *inf.* n° 1201) et que la loi leur permet de rechercher en justice leurs auteurs, non seulement leur *mère* comme les y autorisait déjà le Code civil, mais aussi leur *père*, depuis une loi du 16 novembre 1912, du moins dans certaines éventualités déterminées, et notamment lorsque le père et la mère ont vécu en état de *concubinage notoire* pendant la période légale de la conception (art. 340 — 4°). L'union libre se trouve ainsi visée par ce texte qui y attache des effets juridiques importants (*Inf.*, n° 1220). (V. pour la *condition juridique des enfants naturels*, *inf.* n^{os} 1239 et s.)

1180. 3° Rapports des concubins avec les tiers. — Les solutions jurisprudentielles suivantes ont trait à ces rapports.

a) Le concubin peut être recherché à raison des fournitures faites à la concubine, soit, d'après quelques rares décisions, à raison d'un *mandat domestique* que l'absence de tout lien conjugal rend assez inexplicable (Voy. cependant, en ce sens, trib. paix Nogent-sur-Marne, 28 janv. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 397), soit, bien plutôt, à raison d'une *faute* commise par le concubin qui a laissé croire aux fournisseurs qu'ils avaient affaire à un ménage régulier; en créant ainsi une *fausse apparence*, les pseudo-époux ont engagé solidairement leur responsabilité; il y a là une consécration de l'apparence, qui est fort intéressante et qu'il convient de rapprocher de celle dont le domicile (*Sup.*, n° 237) et la propriété (*Inf.*, n^{os} 1547 et suiv.) ont été l'occasion (Voy. la note de M. Savatier, *D. P.*, 1922, 1, 201; trib. civ. Nice, 27 oct. 1909,

D. P., 1912, 2, 216; Paris, 21 nov. 1923, *Gaz. Pal.*, 22 janv. 1924; *Rev. Trim.*, 1924, p. 350 et p. 1009).

b) Un concubin peut être tenu contractuellement des fautes commises par la femme avec qui il vit maritalement; c'est ce qui a été jugé, pour le contrat de *bail*, par la Cour de cassation : la « *maîtresse* » fait partie de la « maison » au sens de l'article 1735 (Civ., 13 déc 1927, *D. P.*, 1928, 1, 99, note Dallant).

c) La concubine est considérée comme « personne à la charge du locataire » pour l'attribution du bénéfice de la prorogation d'un bail (L. 1er avril 1926, art. 3; Comm. sup. de cass., 7 juill. 1928, *D. H.*, 1928, 594; 20 déc. 1928, *D. H.*, 1929, 70).

d) Enfin, il a été jugé parfois qu'une concubine a droit à des dommages-intérêts du fait de la mort accidentelle de celui qui était son compagnon et son soutien : elle peut agir contre l'auteur responsable de l'accident, automobiliste ou administration de chemin de fer par exemple. Cette solution extrême a été admise, sinon pour le dommage moral, du moins pour le préjudice matériel, par la Chambre criminelle (Crim., 26 nov. 1926, *S.*, 1927, 1, 273, note J.-A. Roux, *D. P.*, 1927, 1, 73, note Lalou, 28 févr. 1930, *D. P.*, 1930, 1, 49, note Voirin) et par plusieurs cours d'appel (Montpellier, 24 juin 1924, *D. P.*, 1924, 2, 145, note Savatier; Lyon, 31 mars 1930, *D. P.*, 1930, 2, 64; Paris, 2 juin 1928, *motifs*, *S.*, 1928, 2, 125); elle déploie toutes ses conséquences dans un jugement qui, en allouant des dommages-intérêts à la concubine de la victime, en refusa à sa veuve légitime (trib. corr. de la Seine, 12 fév. 1931, *D. P.*, 1931, 2, 57, note Voirin), jugement qui devait d'ailleurs être infirmé (Paris, 18 mars 1932, *D. P.* 1932, 2, 88, note Voirin); elle est vivement critiquée par les auteurs (notes précitées et note Hauriou), et elle est repoussée par le Conseil d'Etat qui observe très justement qu'aucun lien de droit n'existe entre concubins; sans doute, il est possible que la disparition de son compagnon ait causé à la survivante un préjudice important et susceptible d'être évalué; mais les fournisseurs attitrés de la victime ne seraient-ils pas alors fondés à tenir le même raisonnement et à introduire une demande en dommages-intérêts, basée sur l'article 1382? Aussi comprend-on que la Chambre criminelle, après beaucoup d'hésitations et de flottements, en soit venue à refuser toute indemnité à la concubine (Crim. 13 fév. 1937, *S.* 1937, 1, 153); et cette solution a reçu la consécration de la Chambre civile elle-même (Civ. 27 juill. 1937); il n'appartient pas à la jurisprudence de créer, de toutes pièces, un concubinat régulier, susceptible

d'imposer aux tiers des obligations vis-à-vis des concubins.

On retrouvera cette question, pour l'étudier de plus près, à propos de la définition de la responsabilité délictuelle (*inf.* t. II, n° 424).

Sur l'union libre et ses effets, v. P. Esmein, *op. cit.*; P. Guinard, *op. cit.*; Lagarde, *Chron. de jurisprudence*, *Rev. trim.*, 1934, p. 812; les notes précitées de M. Nast et de M. Voirin; L. Josserand, *L'avènement du concubinat*, *D. P.*, 1932, *chron.* p. 45

1181. Différentes catégories d'enfants naturels. — On distingue les *enfants naturels simples*, les *enfants adultérins* et les *enfants incestueux*; le critérium entre ces trois catégories est tiré de la situation des auteurs lors de la conception : si, à ce moment, aucun obstable décisif ne s'opposait à leur mariage, si ce mariage était théoriquement possible, l'enfant né de leurs relations est *naturel simple*; si l'un des auteurs était alors engagé dans les liens du mariage avec une autre personne et si l'enfant est donc le fruit d'un adultère commis par l'un de ses parents au moins, il est dit *adultérin*; enfin, si le mariage entre les auteurs de l'enfant était empêché par un rapport de parenté ou d'alliance, l'enfant, fruit d'un inceste, est qualifié d'*incestueux*.

Comme on le verra, la condition juridique des enfants adultérins ou incestueux est très inférieure à celle des enfants naturels simples : la loi les traite comme de véritables parias.

1182. Critère de la distinction. — Il importe donc de déterminer la catégorie dans laquelle un enfant, certainement naturel, certainement conçu hors mariage, doit être rangé; on y parvient en appliquant les règles suivantes, consacrées par la jurisprudence de la Cour de cassation.

1° Le moment décisif à prendre en considération est celui de la *conception*;

2° Pour déterminer la durée de la grossesse, on utilise la présomption de l'article 312, c'est-à-dire qu'on considère qu'une grossesse ne peut durer moins de 180 jours ni plus de 300 jours;

3° Dans cette marge intermédiaire de 120 jours, *le doute profite à l'enfant* : il suffit que sa conception ait pu être pure d'adultérinité ou d'inceste pendant un seul jour de ce délai, pour qu'elle soit reportée à ce jour-là.

Exemple : un homme actuellement marié reconnaît un enfant né d'une femme autre que la sienne; cet enfant n'est pas nécessairement adultérin, mais seulement dans le cas où sa conception se place *nécessairement* à une époque où son

père était déjà marié; si sa naissance est survenue, par exemple, 190 jours après le mariage de son père, il sera considéré comme naturel simple, car, par application des présomptions de durée de grossesse de l'article 312, sa conception *a pu* être antérieure au mariage de son père (Civ., 16 mars 1925, *D. P.*, 1926, 1, 145, note Rouast; Comp. Civ., 11 juill. 1923, *D. P.*, 1923, 1, 130).

Cette jurisprudence est parfaitement juridique et équitable : d'une part, les présomptions de durée de grossesse de l'article 312 ont une portée générale; elles sont vraies pour la filiation naturelle comme pour la filiation légitime; mais, d'autre part, on ne peut pas retourner *contre l'enfant naturel* une règle écrite *en faveur de l'enfant légitime* en considérant comme conçu pendant le mariage de son auteur l'enfant né plus de 180 jours après la célébration du dit mariage; il faut en revenir au droit commun de la preuve et imposer à celui qui prétend que cet enfant est adultérin la preuve que sa conception se place à un moment où son père était déjà engagé dans une union avec une femme autre que la mère; jusqu'à plus ample informé, l'enfant est à considérer comme naturel simple. En d'autres termes, la marge de 120 jours, établie *pour la légitimité de l'enfant*, n'a plus de raison d'être du moment que ledit enfant, ayant été conçu hors mariage, est certainement *illégitime*.

1183. Plan. — Nous étudierons :

1° La *détermination de la parenté naturelle* (PREUVE DE LA FILIATION NATURELLE);

2° Les *effets* de la parenté naturelle et, spécialement, de la filiation naturelle;

3° Le *passage de la filiation naturelle à la filiation légitime* (LÉGITIMATION).

CHAPITRE PREMIER

Détermination de la parenté naturelle

(Preuve de la filiation naturelle)

1184. Généralités. — Entre le système de preuves pour la filiation légitime et celui qui est établi pour la filiation naturelle, il existe des différences nombreuses et profondes qui s'expliquent par des considérations, dont certaines sont fort discutables ou même plus ou moins périmées.

1° La paternité et la maternité naturelles présentent un

caractère irrégulier; il ne saurait donc dépendre d'un tiers de les infliger aux intéressés;

2° L'affirmation officielle de cette paternité et de cette maternité n'est pas spécialement désirable; l'Etat, a-t-il été dit, au cours des travaux préparatoires, n'a aucun intérêt à ce qu'une filiation irrégulière soit constatée;

3° La présomption de paternité est sans emploi lorsque la mère n'est pas mariée; *les deux éléments de la filiation naturelle ne sont aucunement solidarisés;* il n'existe pas de raison d'attribuer la paternité de l'enfant à tel individu plutôt qu'à tel autre.

Ces considérations expliquent :

1° Que les deux éléments de la filiation naturelle s'établissent toujours séparément;

2° Que l'*acte de naissance* ne prouve même pas la maternité naturelle;

3° Que la *possession d'état* soit ici sans efficacité (*Inf.* n^{os} 1234 et suiv.);

4° Que la *recherche* de la filiation naturelle soit soumise à des règles plus restrictives que celles qui président à la recherche de la filiation légitime.

Autant de différences qui existent, quant à la preuve de la filiation, entre la famille légitime et la famille naturelle.

1185. Plan. — Ces vues générales étant exposées, nous allons envisager successivement :

1° La preuve par *titre*;

2° La preuve *judiciaire*, à la suite d'une recherche en maternité ou en paternité.

Dans une troisième section, nous montrerons que la *possession d'état* ne saurait, en principe, faire preuve de la filiation naturelle.

SECTION I. — PREUVE PAR TITRE

DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS

1186. Inefficacité de l'acte de naissance. — A la différence de l'acte de naissance d'un enfant légitime, celui d'un enfant naturel ne prouve nullement la maternité, quand bien même le nom de la mère y serait indiqué; on ne trouve en effet, dans le Code civil, pour la filiation naturelle, aucun texte comparable à l'article 319 aux termes duquel « *la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les actes de l'état civil* »; d'ailleurs, l'acte de naissance est rédigé sur la déclaration de personnes ayant

assisté à l'accouchement, père, médecin ou étranger quelconque (art. 56, § 1), et il ne saurait dépendre du premier venu d'infliger à une femme, même sous bénéfice d'inventaire, une maternité irrégulière. C'est pourquoi l'acte de naissance fait foi, non de la maternité elle-même, *mais uniquement de la naissance de l'enfant et de la date de cette naissance*, et, en plus, si le nom de la mère est indiqué, de l'*accouchement*. Après des hésitations, la jurisprudence est, depuis longtemps, fixée en ce sens (Civ., 3 avril 1872 *S.*, 1872, 1, 126, *D. P.*, 1872, 1, 113), et la solution n'est plus discutée.

1187. Nécessité d'une reconnaissance. — Ce n'est donc pas l'acte de naissance qui constitue, pour l'enfant naturel, le *titre* de sa filiation; la loi ne tient celle-ci pour établie qu'au moyen d'une *reconnaissance*, c'est-à-dire d'un *aveu de maternité ou de paternité*, émané de la mère ou du père, et répondant à des conditions de forme déterminées, en conformité des articles 334 et suivants du Code civil.

1188. Plan. — Il faut déterminer :
1° Les *conditions de validité* de la reconnaissance.
2° Sa *nature juridique*.

§ 1. — CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA RECONNAISSANCE

1189. Plan. — Ces conditions se réfèrent aux trois points suivants :
1° *Forme* de la reconnaissance;
2° *Enfants qui peuvent être reconnus*;
3° *Par qui* ils peuvent l'être.
Ces conditions étant connues, on doit se préoccuper de leur sanction :

1190. I. Forme de la reconnaissance. — Aux termes de l'article 334 « *la reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance* ».
La reconnaissance rentre donc dans la catégorie peu nombreuse des *actes solennels*, la solennité consistant pour elle dans la rédaction d'un acte authentique, c'est-à-dire d'un écrit dressé par un officier public compétent : on a voulu, par cette exigence : 1° attirer l'attention du déclarant sur l'importance de sa décision; 2° assurer la liberté de son con-

sentement; 3° sauvegarder la preuve d'un acte qui, nous le verrons, est irrévocable de sa nature.

Les officiers publics compétents sont, dans l'espèce, les *officiers de l'état civil* et les *notaires*; *en outre*, la reconnaissance peut être faite *en justice*.

1° La reconnaissance peut être faite devant l'*officier de l'état civil* : a) *lors de la déclaration de naissance*; elle est, en ce cas, consignée dans l'acte de naissance qui prouve, du même coup, et la naissance et la reconnaissance; *b*) ultérieurement, et *par acte séparé*; elle figure, en ce cas, à sa date sur les registres des naissances et doit être mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant qu'elle concerne; *c*) enfin, *lors du mariage des parents* et en vue de la légitimation de l'enfant; elle doit alors être constatée également *par acte séparé* (art. 331, § 1) et mentionnée en marge de l'acte de naissance (art. 331, §§ 7 et 8).

2° Les *notaires* sont également compétents pour recevoir et pour constater la reconnaissance d'un enfant naturel, par exemple en établissant un testament authentique; leur intervention présente, pour les intéressés, cet avantage d'échapper à la publicité inhérente à l'utilisation des registres de l'état civil; les actes notariés ne sont pas à la disposition du public; la communication n'en est due qu'aux parties intéressées (L. 25 ventôse an XI, art. 23); la reconnaissance opérée par ce procédé reste donc *secrète*. L'acte doit être rédigé *en minute*; l'original demeure dans l'étude du notaire (L. 25 ventôse an XI, art. 20 et 68). De plus, la présence d'un second notaire ou de deux témoins instrumentaires est exigée (L. 21 juin 1843, art. 9 — 2°, maintenu par la loi du 12 août 1902).

3° La reconnaissance peut avoir lieu *en justice*, devant le tribunal : *a*) *à l'audience même*; l'une des parties avouant sa maternité ou sa paternité, elle peut — et son adversaire peut également demander acte de cet aveu qui sera consigné par le greffier sur le registre d'audience; *b*) au cours d'une *instruction* : l'aveu est consigné par le magistrat instructeur dans le procès-verbal; *c*) au cours d'une *enquête civile* : le juge-commissaire, chargé d'entendre les témoins, la consigne alors dans son enquête; *d*) au cours d'une *tentative de conciliation* faite par le juge de paix et dans le *procès-verbal de conciliation* dressé par ce magistrat.

Dans les limites indiquées, la loi laisse à l'intéressé le choix du cadre, de l'acte et de la formule : il pourrait même, on l'a noté, recourir à la *forme testamentaire*, pourvu que son testament fût fait par *acte notarié*.

1190*bis*. Reconnaissance implicite. — Il est admis sans difficulté que la reconnaissance peut revêtir une forme implicite et résulter d'un acte qui n'a pas pour objectif principal de la réaliser, pourvu d'ailleurs qu'il satisfasse à la condition d'authenticité formulée dans l'article 334. C'est ainsi qu'une telle reconnaissance s'induit du consentement à mariage donné par l'auteur de l'enfant et dans un acte notarié (Paris, 19 avril 1934, *motifs*, *D. P.* 1934, 2, 105, note Aug. Lebrun); ou encore de l'acte notarié par lequel le père, déclarant avoir eu des relations avec la mère de l'enfant, s'engage à subvenir à la subsistance et à l'entretien de ce dernier (Req. 2 janv. 1895, *D. P.* 1895, 1, 367); comme le souligne cette décision, il importe peu que la reconnaissance soit formulée en termes « dispositifs » ou en termes « énonciatifs ».

1191. Nullité des reconnaissances sous seing privé. — La reconnaissance faite par acte sous seing privé est, radicalement nulle pour les uns, inexistante pour d'autres : *forma dat esse rei*. En tout cas, le vice dont l'acte est atteint peut être invoqué par tout intéressé et n'est pas susceptible de se couvrir par la confirmation.

Ce n'est cependant pas à dire que cet acte imparfait ne pourra pas jouer un certain rôle juridique : *a*) il servira, à l'occasion, de *commencement de preuve par écrit* en faveur de l'enfant qui prétend rechercher son état en justice (*Inf.*, n° 1209); *b*) il peut advenir qu'à l'inverse il fasse preuve de la filiation maternelle de l'enfant, à titre complémentaire (*fin de preuve*). Il faut supposer que cet enfant avait été reconnu par son père, régulièrement, dans un acte authentique, et que cet acte contenait la désignation de la mère : alors, une jurisprudence constante admet que l'*aveu de la mère est dispensée de toute forme*; il est valable et efficient en toute occurrence, alors même qu'il interviendrait par acte privé (*Inf.*, n° 1197).

1192. II. Enfants qui peuvent être reconnus. — A. **Principe.** — En principe, tous enfants naturels sont susceptibles d'être reconnus, et à toute époque, non seulement au cours de leur vie, mais avant leur naissance ou après leur décès.

1° *Avant la naissance*, et dès la conception. Cette reconnaissance avant la lettre a bien soulevé des objections tirées de l'indétermination de l'enfant dont on ne connaît encore ni le sexe ni la date à laquelle se placera la naissance, et aussi de l'article 334 qui semble supposer que la reconnais-

sance est faite *au plus tôt* dans l'acte de naissance; mais ces considérations n'ont pas résisté à la puissance de l'adage : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*; il est de l'intérêt de l'enfant que sa reconnaissance puisse avoir lieu par anticipation — par exemple si le père est en danger de mort; on admet donc la régularité de la combinaison. (*Civ.*, 12 fév. 1868, *D. P.* 1868, 1, 60; Req., 2 janv. 1895, *D. P.* 1895, 1, 367.)

2° *Après le décès.* — Cette reconnaissance posthume ne souffre pas de difficultés lorsque l'enfant a laissé lui-même des enfants légitimes : l'article 332 autorise alors sa *légitimation* laquelle implique une *reconnaissance* préalable. Le doute existe, au contraire, si l'enfant est décédé sans laisser de postérité; car alors, sa reconnaissance ne pourrait s'appuyer sur aucun texte, et, d'autre part, elle semble procéder, chez celui qui l'effectue, de motifs assez peu avouables : il cherche sans doute à se créer un titre afin de recueillir la succession de son enfant prédécédé dont les intérêts ne sont évidemment plus en jeu. C'est cependant l'opinion la plus libérale qui l'a emporté, en doctrine comme en jurisprudence : sans doute, la légitimation ne serait plus possible en l'occurrence; mais autre chose est la légitimation, acte *attributif* de droits, et la reconnaissance, acte purement *déclaratif* (*Inf.*, n° 1201); il n'est jamais trop tard pour procéder à la constatation d'un fait (Poitiers, 27 déc. 1882, *S.* 1883, 2, 188, *D. P.*, 1883, 2, 120; Rouen, *motifs*, 20 déc. 1899, *D. P.*, 1901, 2, 71). Quant à l'objection tirée des mobiles qui dictent la conduite de l'auteur de la reconnaissance, on pourrait en faire la part en subordonnant la validité de la reconnaissance à l'existence de *motifs légitimes* chez celui qui y procède et en déclarant nul l'aveu posthume de paternité ou de maternité qui ne s'explique que par l'esprit de cupidité. (En ce sens, arrêt précité de Rouen.)

1193. B. **Exception. Enfants adultérins ou incestueux.** — L'article 335 interdit, en règle générale, la reconnaissance des enfants « *nés d'un commerce incestueux ou adultérin* ». Cette prohibition, jadis absolue, s'explique par le désir d'éviter un scandale tel que celui qui résulterait de la révélation officielle d'un adultère ou d'un inceste.

Retour au droit commun. — La prohibition a cessé d'être absolue : les lois du 7 novembre 1907 et du 30 décembre 1915 ont admis que les enfants adultérins ou incestueux peuvent être reconnus, mais *uniquement en vue de leur légitimation* et *au moment du mariage de leurs parents* (art. 335 et 331; *Inf.*, n° 1290).

1194. Sanctions de la prohibition. — La défense de procéder à la reconnaissance d'un enfant adultérin ou d'un enfant incestueux (sauf la réserve qui vient d'être signalée), comporte une double sanction :

1° L'*officier public* à qui est faite une déclaration tendant à reconnaître une filiation de ce genre doit refuser de la recevoir; la loi lui enjoint, implicitement mais clairement, de ne pas dresser l'acte dans de telles conditions.

2° Si, d'aventure, l'acte est néanmoins dressé, la reconnaissance est radicalement nulle, comme contraire à l'ordre public (art. 6); elle ne produit aucun effet, ni *en faveur* de l'enfant qui ne pourra donc pas s'en targuer pour demander des aliments à ses parents, ni *contre lui* : nul ne pourra l'invoquer pour faire réduire les libéralités faites à l'enfant par ses parents. De plus, la nullité est à la disposition de tout intéressé; elle ne saurait disparaître par l'effet d'une confirmation (Civ., 8 fév. 1927, *S.*, 1927, 1, 361, note L. Huguenev).

1195. Signification pratique de la prohibition et de la nullité qui la sanctionne. — Pour dégager cette signification, il convient de distinguer plusieurs éventualités.

1° L'enfant est reconnu par ses deux auteurs, simultanément, *dans un seul et même acte*; or, lesdits auteurs sont parents ou alliés à un degré où le mariage est prohibé, ou bien l'un d'eux était, lors de la conception, marié avec une tierce personne. Le caractère incestueux ou adultérin de la filiation est alors patent; les deux reconnaissances tombent, l'acte étant indivisible (Civ., 25 juin 1877, *D. P.*, 1878, 1, 262);

2° L'enfant est reconnu par un seul de ses auteurs; il ne l'est pas et, on le suppose, il ne le sera jamais par l'autre. Il semble que la reconnaissance ne soit jamais nulle, car intervenant à l'état isolé, elle ne fait pas ressortir l'adultère ou l'inceste qui ont été commis, et tel est bien le principe (Lyon, 17 nov. 1933, *S.*, 1934, 2, 38). Cependant, il en ira autrement dans les cas suivants :

a) L'auteur de la reconnaissance était, lors de la conception de l'enfant, engagé dans les liens d'un mariage : cet enfant est évidemment adultérin; car, d'une part, on ne reconnaît que les enfants naturels, d'autre part, une personne mariée ne peut avoir, en tant qu'enfants naturels, que des enfants adultérins;

b) L'auteur de la reconnaissance, le père par exemple, a, dans l'acte, indiqué le nom de l'autre parent, de la mère; or celle-ci était mariée lors de la conception de l'enfant, ou

bien elle était parente du père à un degré où le mariage est prohibé. Bien qu'une telle indication ne vaille pas reconnaissance de la part de la mère, la jurisprudence estime que la reconnaissance tombe sous le coup de l'article 335; si l'indication du second auteur de l'enfant demeure sans force probante contre lui, elle constitue du moins, au regard de l'auteur de la reconnaissance, « l'un des éléments d'un aveu indivisible » (Req., 29 janv. 1883, *D. P.*, 1883, 1, 319, *S.*, 1884, 1, 73); si bien qu'en somme, la jurisprudence traite la reconnaissance isolée *avec désignation de l'autre auteur* comme la double reconnaissance par un seul et même acte, et cela parce qu'elle rapproche et solidarise toutes les énonciations contenues dans l'acte (Comp., Amiens, 13 mars 1934, *D. H.*, 1936, 2, 48).

En dehors de ces deux éventualités, la reconnaissance isolée est valable, en dépit de l'article 335 et parce que le caractère coupable de la filiation ne s'en dégage aucunement; il en est ainsi, par exemple, de la reconnaissance, par un seul des auteurs et sans référence à l'autre, d'un enfant incestueux.

3° L'enfant a été reconnu par ses deux auteurs, mais *par deux actes séparés et successifs*. Distinguons entre les cas d'inceste et d'adultère.

a) *Inceste*. — Après beaucoup de flottements, on en est arrivé à décider que la deuxième reconnaissance est nulle, mais que la première demeure valable (*Sic.*, Rouast, n° 970); cette solution est commandée par les idées suivantes : d'abord, il n'y a pas d'indivisibilité entre les deux reconnaissances, par hypothèse séparées et indépendantes; d'autre part, la première reconnaissance, valable au moment où elle a été faite, ne saurait devenir nulle par la suite; enfin, lors de la deuxième reconnaissance, la situation n'est plus entière; un acte authentique existe, la première reconnaissance, qui forme un obstacle insurmontable à la constatation officielle du deuxième élément de la filiation;

b) *Adultère*. — L'un des auteurs de l'enfant était engagé, lors de la conception, dans les liens du mariage avec une tierce personne; la reconnaissance à laquelle il procède est nulle (*Sup.*, n° 1193); mais celle qui émane de l'autre auteur, qu'on suppose célibataire, est parfaitement valable.

Mais tout ceci à supposer que, dans l'acte de reconnaissance de l'enfant incestueux ou adultérin, *il ne soit pas fait mention de l'autre auteur de l'enfant*; cette mention, qui suffirait à vicier une *reconnaissance unique*, vicie à plus forte raison une reconnaissance suivie ou accompagnée d'une autre reconnaissance elle-même frappée de nullité.

1196. III. Par qui la reconnaissance peut être faite. — Principe. — La reconnaissance ne peut émaner que des auteurs de l'enfant, et elle a, en ce qui les concerne, un caractère *strictement personnel et individuel* : comment en serait-il autrement, puisqu'elle n'est autre chose qu'un *aveu*?

Applications. — La reconnaissance ne peut émaner ni des *parents*, ni du *tuteur* de l'auteur de l'enfant, ni de ses *créanciers* (il s'agit d'un droit exclusivement attaché à la personne, art. 1166, *in fine*), ni même, après son décès, de ses *héritiers*. (Paris, 11 juin 1891, *D. P.*, 1892, 2, 533, *S.*, 1892, 2, 213; Alger, 7 avril 1908, *D. P.*, 1908, 2, 200.)

La règle comporte cependant deux tempéraments.

1197. Tempéraments. — 1° La reconnaissance peut être faite — et la dérogation est alors plus apparente que réelle — par l'intermédiaire d'un *mandataire* pourvu d'une procuration *spéciale* et *authentique* (arg. art. 36; Civ., 17 fév. 1868, *S.*, 1868, 1, 165; Alger, précité);

2° D'après une jurisprudence constante, la reconnaissance faite par le père peut avoir effet, dans une certaine mesure, à l'égard de la mère, au moins quant à la forme; il est, en effet, admis que l'indication de la mère, faite par le père, dans l'acte par lequel il reconnaît régulièrement un enfant, facilite beaucoup la constatation officielle de la filiation maternelle qui résultera, à l'occasion, d'un aveu quelconque de sa part, intervenant sous une forme quelconque, même par acte sous seing privé, même tacitement, par exemple si des soins ont été donnés à l'enfant; de telle sorte que la reconnaissance paternelle prépare les voies à la reconnaissance maternelle qui perd donc, de ce chef, une bonne partie de son caractère personnel et individuel, la moitié du chemin étant faite en quelque sorte par le père, et la mère n'ayant plus qu'à compléter l'œuvre déjà entreprise pour son compte.

Cette solution est étayée sur un argument *a contrario* fourni par l'article 336 : si, aux termes de ce texte, « *la reconnaissance du père*, sans l'indication et l'aveu de la mère, *n'a d'effet qu'à l'égard du père* », c'est donc, en conclut-on, qu'à l'inverse, la reconnaissance du père, avec l'indication de la mère, et un aveu quelconque émané de celle-ci, entraînera la reconnaissance maternelle. Les arguments *a contrario* sont toujours dangereux et sujets à caution; celui-ci est particulièrement injustifié. Il ressort des travaux préparatoires qu'on s'était proposé, en insérant les mots litigieux, un tout autre but que celui qui est supposé

par notre jurisprudence; on voulait, non pas faire produire effet à l'aveu du père par rapport à la mère, mais simplement libérer cet aveu de toute subordination par rapport à celle-ci à qui on ne demandera pas de le corroborer. L'aveu de la mère dont il est question dans l'article 336, ce n'est nullement l'aveu de sa maternité, mais une approbation de la déclaration de paternité; on voulait simplement spécifier que l'aveu de paternité, émané du père, se suffit à lui-même. L'interprétation jurisprudentielle repose donc sur un contresens; elle n'est pas sans inconvénient en ce qu'elle permet au père, en reconnaissant l'enfant, de désigner arbitrairement la mère et d'infliger ainsi à la femme visée une maternité qu'elle ne pourra plus désavouer si, par exemple, elle s'est intéressée matériellement à l'enfant et si elle l'a élevé.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est très fermement fixée en ce sens (Civ., 25 nov. 1913, *S.*, 1914, 1, 95).

1198. Capacité requise. — Il est admis que les règles du droit commun ne sont pas applicables; on ne demande à l'auteur de la reconnaissance que la *capacité de fait*, non la *capacité civile*, c'est-à-dire qu'il suffit qu'il se rende compte de ce qu'il fait, qu'il soit doué de discernement; libéralisme rendu nécessaire par le *caractère strictement personnel* de l'acte : du moment que le représentant, par exemple un tuteur, ne peut pas l'accomplir au nom de l'intéressé, il faut bien que celui-ci puisse y procéder lui-même, sans quoi la reconnaissance serait impraticable.

Un *mineur*, même non émancipé, peut donc reconnaître librement et sans aucune assistance un enfant naturel; la *femme mariée* n'a pas besoin d'autorisation (arg. art. 337); quant à l'aliéné non interdit, il peut effectuer une reconnaissance dans un moment de lucidité; mais on peut soutenir que l'*interdiction*, qui supprime juridiquement les intervalles lucides, lui enlève cette possibilité. La question se pose, dans ces termes, pour tous les actes ayant un caractère strictement personnel et excluant toute représentation (*Sup.*, n° 544 et n° 703).

1199. IV. **Nullité et contestation d'une reconnaissance.** — La *nullité* d'une reconnaissance peut affecter des formes très diverses :

1° Ce peut être une *nullité relative*, lorsqu'elle vient sanctionner un vice du consentement proprement dit : *erreur*, *dol*, *violence*, et aussi, d'après la jurisprudence, lorsque la reconnaissance est émanée d'une personne privée de discernement, notamment d'un aliéné (*Sup.*, n° 153). L'action en

nullité est réservée alors aux personnes dans l'intérêt desquelles la nullité est établie et l'acte est susceptible de confirmation;

2° D'autres fois, la nullité est *absolue*, étant d'ordre public : c'est le cas de la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux. Quant à celle qui est faite par acte sous seing privé, on doit, à notre avis, la considérer comme inexistante : *forma dat esse rei* (*Sup.*, n° 153). L'inefficacité de l'acte peut alors être proposée par tous intéressés et la confirmation est inconcevable;

3° Enfin, une mention spéciale doit être réservée à la nullité qui atteint une *reconnaissance mensongère*. L'aveu du père ou de la mère n'établit pas la filiation d'une manière invincible; la sincérité peut en être contestée; à cet effet, le Code civil ouvre une *action en contestation* à tous ceux qui ont intérêt à faire tomber l'aveu (art. 339), action qui est largement aménagée, soit quant à sa *durée*, soit quant aux *personnes* à qui elle est attribuée;

a) Quant à sa *durée*; elle est *imprescriptible*; il n'est jamais trop tard pour dénoncer un mensonge, pour rétablir les faits dans leur exacte réalité;

b) Quant aux *personnes* qui peuvent agir : ce sont toutes celles qui ont un intérêt, *pécuniaire* ou *moral*, à faire tomber la reconnaissance (note Ch. Beudant, citée plus loin; Req., 4 juill. 1935, *D. H.*, 1935, 412).

1. L'*enfant* lui-même, qui a un intérêt primordial à l'établissement de sa filiation réelle;

2. Le *père* ou la *mère* véritable;

3. L'*autre parent* de l'enfant dont la reconnaissance implique l'existence de relations irrégulières entre lui-même et l'auteur de l'aveu (Paris, 16 déc. 1921, *D. P.*, 1922, 2, 42);

4. Les *père* et *mère* de l'auteur de la reconnaissance (Civ., 17 mai 1870, *S.*, 1870, 1, 385, *D. P.*, 1870, 1, 241, note Ch. Beudant); et, plus généralement, les parents de cet auteur (arrêt précité du 4 juill. 1935);

5. Les *donataires* ou *légataires* de l'auteur de la reconnaissance;

6. L'*auteur même de la reconnaissance* : on lui a cependant refusé parfois ce droit de rétractation, en alléguant qu'un aveu est, de son essence, irrévocable. Mais l'opinion contraire l'a emporté : l'aveu d'un fait imaginaire n'est pas un aveu véritable; par définition même, un aveu est sincère, ou il n'est pas; il ne s'agit pas de créer un état de choses nouveau, mais de déclarer une situation préexistante; la filiation est d'ordre public, comme l'état des personnes dont elle constitue un des éléments importants; comment admet-

tre qu'un particulier puisse s'attribuer à volonté et attribuer à autrui un état imaginaire? Il faut donc protéger le déclarant contre les influences qu'il pourrait subir, contre lui-même : il faut lui permettre de contester son propre aveu. (Civ., 4 juill. 1912, *S.*, 1913, 1, 390; Req., 24 oct. 1932, *D. H.*, 1932, 540; Lyon, 13 mars 1856, *S.*, 1856, 2, 586, *D. P.*, 1856, 2, 232; trib. civ. Seine, 28 juin 1932, *S.*, 1932, 2, 234.)

Mais le *ministère public* ne saurait prendre l'initiative de la contestation, aucun texte ne lui conférant ce droit et la reconnaissance intéressant tout particulièrement l'honneur et le repos des familles. (Civ., 17 déc. 1913, *S.*, 1914, 1, 153, note Ruben de Couder.)

1200. Procédure. — L'action en contestation est dirigée à la fois contre l'enfant et contre l'auteur de la reconnaissance; l'enfant est représenté, soit par un tuteur *ad hoc* dont la nomination n'est cependant pas exigée par la loi, soit par son tuteur.

La *preuve* incombe au demandeur qui devra établir que l'enfant n'est pas issu de l'auteur de la reconnaissance et que celle-ci est donc mensongère. (Voy. des exemples : Req., 8 mars 1927, *D. H.*, 1927, 205; Amiens, 20 déc. 1923, *D. P.*, 1924, 2, 38.)

§ II. — NATURE JURIDIQUE DE LA RECONNAISSANCE

1201. Enumération. — La reconnaissance a pour caractère essentiel d'être un *aveu*, de paternité ou de maternité; à ce titre, elle est *facultative*; *déclarative*; *individuelle* et *personnelle*; *irrévocable*.

1° La reconnaissance est *facultative*.; un aveu ne saurait être exprimé sur commande et par ordre. C'est donc à tort qu'on a vu parfois une mère joindre, à la demande en déclaration de paternité naturelle, une action tendant à la réparation du préjudice causé à l'enfant du fait de sa non-reconnaissance par le père qui n'a pas pourvu à son instruction; une pareille prétention se heurte à cette constatation décisive qu'aucun texte n'impose au père naturel l'*obligation* de reconnaître *volontairement* son enfant (Civ., 28 oct. 1935, *D. H.*, 1935, 537);

2° La reconnaissance est *déclarative*; elle ne crée pas un état de choses nouveau; elle ne modifie rien; elle fait ressortir, elle met en pleine lumière une filiation qui existait avant elle; elle est déclarative de filiation et non attributive.

Cette règle fondamentale donne la clef de bien des difficultés et de bien des solutions :

a) C'est à cause d'elle que la reconnaissance peut intervenir à un moment quelconque, avant la naissance ou après le décès de l'enfant;

b) Elle explique qu'on n'exige de l'auteur de l'aveu aucune capacité civile; c'est assez qu'il puisse avouer;

c) Elle autorise la contestation de la part du déclarant lui-même;

d) Surtout, elle rend compte de l'*effet rétroactif* qui est attaché à la reconnaissance.

L'enfant est considéré comme le fils ou la fille du déclarant, non pas seulement au jour de l'aveu officiel, mais dès celui de la naissance, voire de la conception; c'est donc rétrospectivement qu'il acquiert des droits successoraux dans sa nouvelle famille, et qu'à l'inverse il est frappé, vis-à-vis de son auteur, de certaines incapacités de recevoir à titre gratuit entre vifs (art. 908; Civ., 22 janv. 1884, *D. P.*, 1884, 1, 117); c'est rétrospectivement aussi que sa nationalité est déterminée en fonction de la reconnaissance dont il a été l'objet (Just. de Paix, Paris, 9e arr., *La Loi*, 10 janv. 1934);

3° *La reconnaissance est individuelle et personnelle.* — Nous avons insisté sur ce double caractère qui explique que la reconnaissance échappe aux héritiers mêmes de l'intéressé, et nous avons signalé la brèche pratiquée à cette règle par notre jurisprudence dans l'interprétation forcée qu'elle donne de l'article 336 (*Sup.*, nos 1196 et 1197);

4° *La reconnaissance est irrévocable*, comme tout aveu. Nous avons signalé que cette règle n'était nullement inconciliable avec le droit réservé à l'auteur de la reconnaissance d'agir lui-même en contestation (*Sup.*, n° 1199).

L'irrévocabilité est, en principe, indépendante de la forme dans laquelle la reconnaissance est intervenue; c'est ainsi que cette reconnaissance survit à la caducité du *contrat de mariage* qui a pu lui servir de cadre, et à supposer que le mariage ne soit jamais célébré.

Mais il faut décider autrement, et la règle de l'irrévocabilité doit s'effacer, lorsque la reconnaissance figure dans un testament, acte essentiellement révocable : la révocation du contenant comporte la révocation du contenu, c'est-à-dire de la reconnaissance. Il est, en effet, impossible de distinguer, comme on a voulu le faire, entre le testament lui-même et les clauses qui y figurent, ou alors il faudrait décider — ce que nul n'admet — que la reconnaissance par testament produit des effets immédiats, du vivant même du

testateur. L'impossibilité de cette solution logique prouve la fausseté du point de vue qui la commanderait fatalement. Si la reconnaissance n'est pas susceptible, comme étant intervenue dans un testament, de recevoir une exécution immédiate, c'est qu'elle participe de la nature de cet acte, c'est qu'elle constitue elle-même un simple projet, toujours révocable.

Section II. — RECHERCHE EN JUSTICE DE LA FILIATION NATURELLE

(Reconnaissance forcée)

1202. Généralités. Terminologie. — Comme l'enfant légitime, l'enfant naturel peut être admis, en l'absence d'un titre régulier, à rechercher en justice sa filiation, à la faire établir judiciairement, soit vis-à-vis de sa mère, soit à l'égard de son père.

Lorsqu'il réussit dans cette entreprise, on dit volontiers qu'il y a *reconnaissance forcée*, et, bien que les deux mots jurent quelque peu d'être accouplés, cette terminologie est sans inconvénient grave; elle est commode et elle oppose nettement à la reconnaissance par aveu celle qui intervient par décision de justice et contre la volonté du patient.

1203. Filiation adultérine ou incestueuse. — Entre les deux modes de reconnaissance, volontaire et forcé, un point de contact est établi par l'article 342 d'après lequel « *Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise.* » La filiation adultérine ou incestueuse ne peut donc pas plus résulter d'un jugement que de l'aveu spontané des auteurs de l'enfant; et, si une action en justice est introduite qui tendrait à faire constater l'existence d'une filiation coupable, elle doit être rejetée par le tribunal. (V. pour l'action en recherche de la maternité naturelle, Req., 19 juin 1930, *S.*, 1931, 1, 1, note Gény, et, pour la paternité naturelle, Paris, 15 mai 1920, *D. P.*, 1921, 2, 56; trib. civ. Mayenne, 8 déc. 1927, *D. P.*, 1928, 2, 159, note Savatier.)

L'énoncé de ce principe doit être accompagné d'une double observation :

1° Il y a lieu de transposer ici les explications fournies au sujet des reconnaissances isolées ou simultanées (*Sup.* n° 1195) : les solutions données pour la reconnaissance volontaire sont applicables, *mutatis mutandis*, à la recher-

che en justice, et, par exemple, un enfant adultérin *a patre* peut parfaitement intenter, contre sa mère célibataire, une action en recherche de la maternité naturelle (Lyon, 17 nov. 1933, *S.*, 1934, 2, 38);

2° On sait que la loi admet parfois la reconnaissance volontaire d'un enfant adultérin ou incestueux, mais seulement *en vue de sa légitimation* (*Sup.*, n° 1193; *Inf.*, n° 1290): comme la recherche de la paternité ou de la maternité naturelle est étrangère à cet ordre d'idées, comme elle n'intervient pas à fin de légitimation, il faut décider qu'elle est interdite à l'enfant adultérin ou incestueux, même dans les cas où la reconnaissance volontaire serait admissible. La loi ne veut pas qu'il existe des enfants adultérins ou incestueux, reconnus et non légitimés. A cet égard, le domaine de la reconnaissance forcée est plus réduit que celui de la reconnaissance volontaire. (Paris 9 oct. 1928, *D. H.*, 1928, 532.)

1204. Plan. — Nous nous occuperons successivement de la recherche de la *maternité naturelle* et de celle de la *paternité naturelle*.

On verra que la loi se montre incomparablement plus sévère et plus exigeante en matière de filiation naturelle que lorsque c'est une filiation légitime qui est mise en question.

§ I. — RECHERCHE DE LA MATERNITÉ NATURELLE

1205. Idée générale. — Dès maintenant, nous allons constater l'exactitude de la remarque qui vient d'être faite : la loi s'est ingéniée à circonscrire le domaine de la recherche de la maternité naturelle soit quant aux *personnes* qui peuvent prendre l'initiative de cette recherche, soit quant aux *modes de preuve* mis à la disposition du demandeur.

1206. I. Qui peut agir en recherche d'une maternité naturelle. — Une jurisprudence bien établie réserve au seul enfant le droit d'agir en recherche de sa mère naturelle. L'exercice de l'action est refusée à toutes autres personnes, non seulement lorsqu'elle est dirigée *contre l'enfant*, lorsqu'elle irait à l'encontre de ses intérêts, mais aussi lorsque le demandeur prétendrait agir au nom de cet enfant, à sa place et pour faire valoir ses droits; les *héritiers* eux-mêmes sont exclus, impitoyablement, alors que l'action en réclamation d'état est ouverte dans certains cas aux successeurs de l'enfant légitime (*Sup.*, n° 1031). La jurisprudence

invoque en ce sens, et pour expliquer cette différence, d'ailleurs injustifiable, entre la recherche de la maternité naturelle et celle de la maternité légitime, des particularités de rédaction : l'article 341 suppose que l'action en recherche de la mère naturelle est exercée par l'enfant lui-même; de plus, on ne trouve, dans les dispositions consacrées à la filiation naturelle, aucun texte similaire aux articles 329 et 330 qui prévoient, à de certaines conditions, la transmission de l'action en réclamation d'état aux héritiers de l'enfant. (*Sic.*, Civ., 3 avril 1872, *S.*, 1872, 1, 126, *D. P.*, 1872, 1, 113; 9 mars 1926, *S.*, 1926, 1, 137, note Vialleton, *D. P.*, 1926, 1, 225, note Rouast.) Il semble même que les héritiers ne puissent pas suivre l'instance engagée par l'enfant. (Voy. cependant, Lyon, 4 janv. 1910, *D. P.*, 1910, 2, 257.)

En général, la doctrine critiquait vivement cette jurisprudence et était favorable à l'application, par argument d'analogie, des règles contenues, pour la filiation légitime, dans les articles 329 et 330. Mais il faut bien reconnaître que la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de la paternité naturelle a fourni, à la thèse jurisprudentielle, une contribution nouvelle; aux termes de l'article 340, modifié par cette loi, l'action en recherche de la paternité naturelle est strictement réservée à l'enfant lui-même; il semble dès lors logique de limiter avec la même rigueur, et par une loi de symétrie bien entendue, la concession de l'action en recherche de la maternité naturelle.

1207. II. Modes de preuve. Observation générale. — A ce point de vue encore, nous allons constater que la filiation naturelle est soumise à un traitement bien plus rigoureux que la filiation légitime : contrairement à la plupart des législations étrangères (Allemagne, Italie), notre Code civil accumule les obstacles sur la route dans laquelle s'engage l'enfant; il ne veut pas que l'honneur et le repos des familles puissent être troublés dans un esprit de malveillance, de légèreté ou de cupidité. Si, aux termes de l'article 341, « *la recherche de la maternité* (naturelle) *est admise* », elle est rendue assez malaisée par les règles relatives à la preuve.

1208. Distinction. — La preuve doit porter sur deux points; le demandeur doit établir :

1° L'*accouchement* de la prétendue mère;

2° L'*identité de l'enfant*.

A. *Preuve de l'accouchement.*

1° Normalement, elle s'administre par l'acte de naissance,

à supposer, bien entendu, que le nom de l'accouchée y figure; après des hésitations, la jurisprudence a admis que cet acte fait pleinement foi de l'accouchement. (Civ. 23 nov. 1868, *S.*, 1869, 1, 5, *D. P.*, 1869, 1, 26; 22 oct. 1902, *S.*, 1902, 1, 485, *D. P.*, 1902, 1, 539.)

2° A défaut d'un acte de naissance, ou si celui-ci ne contient pas le nom de la mère, le fait de l'accouchement est prouvé *par tous les moyens possibles*, par témoins et par simples présomptions. Il est vrai que l'article 341, § 3, subordonne l'admission de la preuve par témoins à l'existence d'un commencement de preuve par écrit; mais, quoi qu'on ait dit, cette exigence ne vise que la preuve de l'*identité* de l'enfant; il suffit de lire le texte pour en être convaincu.

1209. B. **Preuve de l'identité.** — Aux termes de l'article 341, § 3, l'enfant « *ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il y aura déjà un commencement de preuve par écrit* ».

Cette formule établit une importante différence entre le régime applicable à la filiation maternelle légitime et celui qui est institué pour la recherche de la maternité naturelle : tandis que, dans le premier ordre d'idées, la loi prévoit *deux adminicules*, l'un constitué par le commencement de preuve écrite, l'autre par des présomptions ou indices (art. 323, § 2), l'article 341 ne mentionne, au sujet de la recherche de la maternité naturelle, que le commencement de preuve par écrit, à l'exclusion du second adminicule qui ne saurait donc être pris en considération ici et qui n'ouvre pas à l'enfant la preuve testimoniale.

1210. Ce qu'est le commencement de preuve par écrit. — Tout au moins la jurisprudence se montre-t-elle libérale lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions auxquelles doit satisfaire un écrit pour être utilisé en tant que commencement de preuve et pour ouvrir l'accès de la preuve testimoniale : ayant à choisir entre la définition que l'article 1347 donne pour le commencement de preuve par écrit en général et celle que l'article 324 énonce pour la réclamation d'état d'enfant légitime, nos juridictions ont opté pour la deuxième; et, en conséquence, ils n'exigent pas que l'écrit émane de la personne à qui il est opposé (art. 1347); c'est assez qu'il provienne *d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante* (art. 324). Bien que cette jurisprudence soit vivement critiquée par une partie de la doctrine qui se prononce pour l'application du

droit commun de l'article 1347, il y a lieu de l'approuver : la règle de l'article 1347 est écrite pour les *conventions*, et pour les *obligations* qui en découlent, au lieu que celle de l'article 324 est formulée pour les questions de filiation; on ne voit d'ailleurs pas pourquoi, en l'absence d'un texte formel, la preuve de la maternité naturelle s'administrerait autrement que celle de la maternité légitime; d'autant mieux que les filles-mères ont généralement une culture peu développée; exiger la production d'un écrit émanant de leur main serait mettre l'enfant dans l'impossibilité d'établir sa filiation (*Sic.*, Req., 17 juin 1907, *D. P.*, 1908, 1, 161, note RIPERT, *S.*, 1909, 1, 489; 26 fév. 1912, *S.*, 1913, 1, 357, *D. P.*, 1913, 1, 470).

1211. Impossibilité d'utiliser l'acte de naissance. — Il est acquis, en jurisprudence et en doctrine, que l'acte de naissance est impropre à jouer le rôle de commencement de preuve par écrit au sens de l'article 341, § 3; ce document ne prouve que la naissance de l'enfant et aussi, lorsque le nom de la mère y figure, l'accouchement; on ne saurait y voir un commencement de preuve de l'identité de l'enfant et, par suite, de la filiation maternelle naturelle, qu'au prix d'une pétition de principes; l'identité de l'enfant n'est aucunement établie, même de façon très approximative, par un acte qui se réfère à un fait purement matériel et qui n'a aucune vertu d'individualisation (Req., 13 août 1864, *D. P.*, 1864, 1, 249; Civ., 22 oct. 1902, *S.*, 1902, 1, 485, *D. P.*, 1902, 1, 539; Grenoble, 14 janv. 1889, *D. P.*, 1890, 2, 193, note FLURER; 26 juin 1895, *D. P.*, 1896, 1, 139).

1212. Applications. — L'enfant peut utiliser, comme commencement de preuve, un écrit quelconque — à l'exclusion de l'acte de naissance — rendant vraisemblable son identité avec l'enfant dont la naissance est prouvée par ledit acte : titres de famille, registres ou papiers domestiques du père ou de la mère, actes publics ou actes privés, lettres, inventaire, exploit d'huissier (Civ., 22 oct. 1902, précité).

1213. Complément du commencement de preuve par écrit. — Une fois produit l'écrit qui joue le rôle d'adminicule, l'enfant doit compléter la démonstration de son identité au moyen de *témoignages*; mais, conformément au droit commun, ces témoignages pourraient être remplacés par des présomptions que le juge tire librement des faits de la cause (art. 1353, trib. civ. Seine, 19 juin 1917, *D. P.*, 1920, 2, 129).

1214. Règles applicables à l'action en recherche de la maternité naturelle. — Sans aucun doute, les tribunaux de première instance sont exclusivement *compétents*.

Bien qu'il y ait eu des contestations à ce sujet, il faut décider que l'action en recherche de la maternité naturelle est *imprescriptible* et *indisponible* au même titre que l'action en réclamation d'état (art. 328); il n'existe aucune raison plausible de soumettre, à ce point de vue, les filiations légitime et naturelle à des statuts différents : l'état d'un enfant naturel n'est pas d'une autre essence que celui de l'enfant légitime; il est également hors du commerce et à l'abri des injures du temps (Rouast, n° 882).

§ II. — RECHERCHE DE LA PATERNITÉ NATURELLE

1215. Bibliographie. — Janssens, *Des origines de l'article 340, Code civil*, 1903; H. Lavollée, *Code manuel de la recherche de la paternité*, 1913; Brun, *La recherche de la paternité*, 1913; Savatier, *La recherche de la paternité*, 1927; Thèses : A. Roux, 1902; Duchesne, 1914; Chevalier, 1917.

1216. Notions historiques. — 1° Dans notre *ancien droit*, la recherche de la paternité était libre, et, encore qu'elle ne pût être inspirée par le désir de recueillir une succession, puisque à cette époque les bâtards n'héritaient point, elle était utilisée de façon fréquente et même abusive; elle était rendue singulièrement dangereuse par une règle coutumière qui venait se conjuguer avec elle et d'après laquelle la dénonciation de son prétendu séducteur par une fille enceinte présentait un caractère de crédibilité absolue, et obligeait l'auteur présumé de la grossesse à pourvoir provisoirement aux « frais de gésine » de la mère ainsi qu'à l'entretien de l'enfant : « *virgini prægnanti creditur* ». On conçoit aisément les abus et les chantages auxquels pouvait donner lieu un tel régime;

2° Aussi le *droit intermédiaire* voulut-il réagir en interdisant pratiquement la recherche de la paternité naturelle (L. 12 brumaire, an II);

3° Le *Code civil* suivit le droit révolutionnaire dans la direction où il s'était engagé; conformément aux vues du Premier Consul, qui estimait que la constitution de familles puissantes impliquait la négation officielle de la famille naturelle, l'article 340 prohiba la recherche de la paternité de façon presque absolue et réserve faite du seul cas d'enlèvement;

4° La *jurisprudence* ne pouvait que s'incliner devant cette prohibition formulée pour des raisons d'ordre public; cependant, elle sut faire la part des sentiments d'humanité, *a*) d'abord en permettant à la fille-mère de réclamer à son séducteur des dommages-intérêts basés sur l'article 1382, sans d'ailleurs proclamer la paternité de l'auteur du dommage; *b*) puis, en faisant sortir effet à l'engagement que le séducteur avait pris par écrit de pourvoir aux besoins de la mère et de l'enfant, non pas à titre de donation, mais en exécution d'un « devoir de conscience dérivant d'une obligation naturelle » (15 janv. 1873, *D. P.*, 1873, 1, 180), ce qui permettait de se passer de la forme notariée, requise pour les donations entre vifs;

5° Malgré les efforts très louables de la jurisprudence, la situation faite à la fille-mère était injuste et lamentable; l'irresponsabilité du séducteur, certain d'échapper à la paternité, était une prime donnée à l'égoïsme, à l'abandon, à la lâcheté. Une campagne de protestation fut engagée contre le régime du Code civil, contre le droit du plus fort, par les écrivains, les dramaturges, les sociologues, les moralistes : elle eut pour aboutissement la loi du 16 novembre 1912 qui est venue autoriser la recherche de la paternité naturelle dans toute une série de cas et qui a substitué ainsi à un régime d'irresponsabilité à peu près absolue une réglementation assez équitable des rapports hors mariage.

1217. Droit comparé. — Nous avions été devancés dans cette voie par nombre de législations étrangères, par la *Belque*, l'*Espagne*, la *Suisse*, la *Hollande* et surtout par l'*Allemagne* (A. Roux, *Condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand*, thèse, 1902); le Code civil allemand de 1900 autorise la recherche de la paternité et établit même une présomption de paternité contre celui qui a cohabité avec la mère dans le temps de la conception, réserve faite de certaines circonstances défavorables à cette présomption, et notamment de l'inconduite de la mère (exception *plurium concumbentium*; C. civ. allemand, art. 1717). Des dispositions similaires figurent dans le Code civil *suisse* qui distingue l'action tendant à des prestations pécuniaires de la part du séducteur et l'action en déclaration de paternité; cette dernière n'aboutit que s'il y avait eu promesse de mariage, acte criminel ou abus d'autorité (C. civ. suisse, art. 323, § 1).

1218. Plan. — 1° *Esprit* et *domaine d application* de la loi de 1912;

2° *Cas* dans lesquels la recherche de la paternité naturelle est admise;

3° *Procédure;*

4° *Combinaison de la loi de 1912 avec la jurisprudence ancienne.*

1219. I. Esprit et domaine d'application de la loi du 16 novembre 1912.

1° Cette loi est intervenue dans un esprit de *modération* et de *conciliation*, en même temps que dans un but de *justice* et d'*humanité*; elle réalise une *transaction* acceptable entre les intérêts antagonistes qui s'affrontent dans les relations hors mariage; le dogme de l'irresponsabilité du père naturel est largement entamé, sans que cependant la porte soit ouverte aux abus et aux tentatives de chantage de la part du sexe faible qui est bien protégé, mais à qui le législateur n'a pas voulu donner des armes empoisonnées, constituant une menace pour la paix des familles; ce sont les victimes qui sont secourues, les filles-mères envers qui leurs séducteurs avaient assumé une dette, au sens large du mot, et qu'ils seront tenus d'acquitter.

2° La loi de 1912 n'a pas renversé complètement la situation antérieure; elle n'a pas aboli la règle qui prohibe la recherche de la paternité naturelle; elle s'est contentée d'y apporter de nombreuses et importantes dérogations; mais la base n'a pas changé et la loi de 1912 comporte donc l'*interprétation restrictive* (Aubry et Rau, 5e édit., par Bartin, t. IX, § 569, note 4, *sexies*).

3° La règle qui prohibe la recherche d'une filiation adultérine ou incestueuse (art. 342) a été maintenue (*sup.*, n° 1203).

4° La loi de 1912 a reçu une *application immédiate*, comme intéressant l'ordre social au premier chef; nul ne peut prétendre avoir des droits acquis à un état déterminé, et, spécialement, l'article 340, ancienne rédaction, ne faisait pas acquérir à jamais au père naturel le droit de se soustraire à la constatation officielle du lien qui l'unit à son enfant. En conséquence, la loi de 1912 s'applique même aux enfants nés ou conçus antérieurement à sa promulgation (Civ., 20 fév. 1917, 3 arrêts, et 24 juill. 1917, 2 arrêts, *S.*, 1917, 1, 73; Req., 21 nov. 1922, 2 arrêts, *S.*, 1923, 1, 164, *D. P.*, 1923, 1, 12). Il ne serait pas exact, à notre avis, de dire que la loi *rétroagit* en l'occurrence; elle se contente d'*agir* immédiatement, conformément aux exigences de l'ordre public (*Sup.*, nos 81 et suiv.).

1220. II. Cas dans lequel la recherche de la paternité est admise. — L'article 340, nouvelle rédaction, énumère *cinq cas* dans lesquels la paternité naturelle peut être recherchée et proclamée judiciairement.

1° Le premier cas est double; il se réfère à l'*enlèvement* et au *viol* qui rendent également l'*action* en recherche de la paternité admissible, à condition que l'*époque* de l'enlèvement ou du viol se rapporte à celle de la *conception*; et, sur ce dernier point, la preuve s'administre à l'aide des présomptions légales que l'article 312 établit pour la durée des grossesses; il suffit donc que la naissance se place dans la période de 120 jours comprise entre le 180e et le 300e;

2° *Séduction.* — La séduction n'ouvre la recherche de la paternité qu'autant qu'elle a été accomplie *à l'aide de manœuvres dolosives.* L'article 340-2° cite, mais au seul titre d'exemples, l'*abus d'autorité* et la *promesse de mariage ou de fiançailles*; mais toutes autres circonstances du même genre peuvent être retenues par les juges du fond, pourvu qu'ils les visent expressément dans leur décision (Req., 5 juill. 1917, *D. P.*, 1919, 1, 21), car la Cour de cassation se reconnaît ici un droit de contrôle (Civ., 4 janv. 1937, *S.*, 1937, 1, 145).

Le législateur a prévu que la réalité des manœuvres dolosives serait de nature à soulever des difficultés; afin de prévenir l'arbitraire, il exige qu'elles soient rendues plausibles par un *commencement de preuve par écrit*, dans les termes de l'article 1347, c'est-à-dire au moyen d'un écrit émanant du père prétendu à qui on l'oppose. Ou bien un tel écrit est produit, et alors la conclusion qui s'en dégage doit être appuyée par des témoignages ou par des présomptions; ou bien il n'existe pas, et alors la déclaration judiciaire de paternité devient impossible, même dans les cas prévus par l'article 1348 et où il y aurait eu impossibilité de se procurer une preuve écrite (Poitiers, 22 mai et 29 oct. 1928, *S.*, 1929, 1, note Marcel Garaud; *contra*, Poitiers, 28 mars 1927, *ibid.*).

Il faut savoir que la jurisprudence et la doctrine interprètent très largement cette exigence de la loi; il est admis :

a) Que l'écrit peut être remplacé par l'*aveu* du défendeur provoqué par son *interrogatoire sur faits et articles* (Alger, 4 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 14 mai; Rouen, 22 janv. 1934, *D. H.*, 1934, 229);

b) Qu'il n'est pas nécessaire que l'écrit soit *de la main* du père prétendu; sans doute, il doit provenir de lui, mais il suffit qu'il ait été rédigé sur son ordre ou à son inspiration; c'est ainsi qu'on se contente de la publication de mariage effectuée à la requête du séducteur (Req., 29 avril 1922, *D. P.*, 1923, 1, 22);

c) La jurisprudence n'exige pas que l'écrit établisse certainement les faits allégués; il suffit qu'il les rende vraisemblables (Civ., 25 oct. 1932, *D. H.*, 1932, 556, *S.*, 1933, 1, 48); et, sur ce point aussi, la Cour de cassation affirme son droit de contrôle (Civ., 4 janv. 1937, précité);

d) Il n'est pas nécessaire que l'écrit se réfère directement à la séduction elle-même; c'est assez qu'il rende vraisemblables les manœuvres antérieures : une sorte d'indivisibilité est établie, quant au commencement de preuve, entre les dites manœuvres et la séduction elle-même (Civ., 29 juin 1933, *D. H.*, 1933, 474);

3° *Aveu écrit de paternité.* — Bien entendu, on suppose que cet écrit ne se produit pas dans la forme d'une reconnaissance régulière; sans quoi, la paternité serait par là même établie et la recherche en justice deviendrait sans objet; l'aveu dont il est question ici est contenu dans une *lettre* ou *dans quelque autre écrit privé du père prétendu.* En résumé, la loi exige :

a) Un aveu *écrit*;

b) Emanant de *celui-là même à qui on l'oppose*, le père *prétendu*;

c) *Non équivoque* (art. 340-3°), c'est-à-dire : 1. qu'il doit porter, non pas sur la question de séduction, mais bien sur celle de paternité; 2. qu'il doit être exempt de toute ambiguïté et de toute réticence; il doit se suffire à lui-même. Un commencement de preuve écrite ne serait pas suffisant et ne rendrait pas recevable l'allégation d'un aveu non écrit (Civ., 27 juin 1927, *S.*, 1927, 1, 385; 18 fév. 1930, *S.*, 1931, 1, 41, note Gény, *D. H.*, 1930, 193; 1er juill. 1935, *S.*, 1936, 1, 31). Un conseil d'avortement, donné par écrit, a été considéré comme constituant l'aveu non équivoque de paternité exigé par la loi (Paris, 1er mai 1926 et Bordeaux, 7 mars 1927; *D. P.*, 1927, 2, 81, note Savatier; *Contra*, Toulouse, 8 juill. 1929, *S.*, 1930, 2, 56);

Les juges du fond apprécient souverainement si l'écrit vaut, de la part de son auteur, aveu non équivoque de paternité (Req., 11 juill. 1933, *D. H.*, 1933, 509), mais à la condition de ne pas *dénaturer* cet écrit (arrêt précité, 1er juill. 1935).

4° *Le concubinage notoire.* — Il est jugé que le concubinage n'implique pas la *vie en commun*; les concubins ne vivent pas nécessairement comme mari et femme, ils ne constituent pas toujours un *faux ménage* (Req. 12 janv. 1921, *S.* 1921, 1, 199; Civ. 7 fév. 1922, *S.* 1922, 1, 321, note Cassin, *D. P.* 1922, 1, 36; 12 mai 1925, *D. H.* 1925, 450; 20 juin 1935, *D. H.*, 1935, 410; et, pour le cas où le père prétendu accomplissait son service militaire, Civ., 4 janv. 1937, *S.*, 1937, 1, 145).

Il suffit que les relations hors mariage soient : 1° *suivies, fréquentes, régulières* (Req. 21 déc. 1920, *S.* 1921, 1, 84); 2° *notoires;* une liaison secrète ne rentrerait pas dans les termes de l'article 340-4° (Req. 9 déc. 1929, *S.* 1930, 1, 175; 19 fév. 1930, *S.* 1930, 1, 232); 3° *exemptes d'équivoque;* elles doivent présenter ce caractère d'intimité en dehors duquel la présomption établie par la loi ne se justifierait plus (Civ. 22 juin 1935, *D. H.* 1935, 473); 4° il faut encore qu'elles se placent à une époque qui cadre avec celle de la conception de l'enfant (même texte); ce dernier point sera élucidé à l'aide des présomptions légales de grossesse établies par l'article 312 (Req. 24 avril 1928, *S.* 1928, 1, 287).

Lorsque ces conditions sont réunies (v. civ. 27 oct. 1931, *D. H.* 1931, 572), il y a comme une présomption de paternité que l'on serait tenté de rapprocher de celle qui est instituée pour la filiation légitime; mais l'analogie n'est qu'assez lointaine, car il ne s'agit plus ici d'une présomption s'imposant au juge et en principe invincible, mais d'une simple indication à laquelle il pourra ne pas accorder une valeur décisive (*Inf.*, n° 1232);

5° *Entretien et éducation de l'enfant.* — Le père prétendu *« a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père »*. On considère qu'il a, en se comportant ainsi, avoué tacitement sa paternité, mais à condition que sa conduite ne s'explique pas autrement que par l'opinion qu'il avait de cette paternité; s'il pouvait donner d'autres raisons, la présomption ne jouerait plus (Req. 21 juill. 1930, *S.* 1931, 1, 16).

En revanche, il n'est point nécessaire, pour qu'elle s'applique, que la participation du père à l'entretien de l'enfant ait revêtu un caractère continu et permanent : un seul versement y suffit (Req. 30 janv. 1934, *D. H.*, 1934, 180); on n'exige pas davantage que la participation revête un caractère public ni que le protecteur de l'enfant soit revêtu de la *possession d'état* de père naturel et, par exemple, qu'il ait fait porter son nom par l'enfant; c'est assez qu'il ait pourvu, *en totalité ou en partie*, aux frais d'entretien et d'éducation. (Civ. 11 juill. 1935, *S.* 1935, 1, 367; *D. H.* 1935, 473.)

L'énumération des cinq cas d'ouverture à recherche de la paternité naturelle est *strictement limitative* : en dehors de ces cinq chefs énoncés dans l'article 340, la demande ne serait point recevable.

En ce qui concerne l'*appel* contre la décision des premiers juges, v. *inf.* n° 1232 *in fine*.

1221. III. **Procédure.** — L'instance en recherche de paternité naturelle soulève un grand nombre de questions

qui vont être examinées, autant que possible, suivant l'ordre dans lequel elles se présentent chronologiquement.

1222. A. **Qui peut agir.** — *Principe* : aux termes de l'article 340, *« l'action n'appartient qu'à l'enfant »*; elle ne saurait donc être intentée ni par des *parents*, ni par des *créanciers*, ni même, après son décès, par ses *héritiers* qui ne seraient même pas admis à continuer l'instance par lui engagée (Paris, 28 mars 1927, *S.* 1929, 2, 30) : afin d'éviter des calculs intéressés et des chantages, le législateur a tenu à réserver à l'enfant l'initiative de la recherche.

1223. Dérogation. — Cependant, il fallait bien prévoir le cas où l'enfant serait encore en état de minorité : l'article 340 décide que la *mère* a alors seule qualité pour agir. Elle puise ce droit dans ses fonctions de représentant, de tutrice légale de son enfant; elle agit ès qualités, sans même avoir besoin de s'en expliquer dans la demande (Req., 16 déc. 1931, *D. H.* 1932, 51); peu importe que l'exploit introductif d'instance soit muet à ce sujet; cela va de soi (Civ., 24 fév. 1932, *S.*, 1932, 1, 181); d'où il résulte :

1° Qu'elle peut intenter l'action bien qu'étant elle-même mineure, ainsi que l'article 340 s'en explique expressément;

2° Que, si elle est mariée, elle n'a pas besoin d'autorisation pour engager l'instance et pour plaider;

3° Que, si la mère n'est pas tutrice, ce qui arrive lorsqu'elle n'a pas reconnu l'enfant, lorsqu'elle est interdite, déchue de la tutelle, absente ou décédée, l'action passe au tuteur datif, comme le décide l'article 340 dans son avant-dernier alinéa qui renvoie aux dispositions de l'article 389. (V. cependant, Trib. civ. Nice, 28 déc. 1927, *S.* 1929, 2, 6.)

Mineur émancipé. — La loi n'a pas prévu spécialement le cas où l'enfant serait *mineur émancipé*; nous pensons que, par dérogation au droit commun et par interprétation stricte de l'article 340, § 10, qui réserve à la mère le monopole de l'action *pendant la minorité de l'enfant*, le droit d'agir reste à la mère nonobstant l'émancipation.

Majeur interdit. — Une fois l'enfant devenu majeur, l'initiative de la mère n'est plus possible : l'enfant seul pourrait agir au cours d'un intervalle lucide; mais, comme l'interdiction supprime juridiquement les intervalles lucides (*Sup.* n° 541), nous pensons que l'action doit lui être refusée.

1224. B. **Contre qui l'action est exercée.** — *En principe*, elle doit l'être contre le père, qui joue, en l'occurrence, le rôle de défendeur; *après son décès*, on admet qu'elle

peut l'être contre ses *héritiers*, du moins s'ils acceptent sa succession; dans le cas où ils y renoncent, on a soutenu et il a été admis par certaines juridictions qu'ils pouvaient quand même être recherchés par l'enfant, et cela à raison du caractère extrapatrimonial de l'action (*Sic.* Paris, 11 fév. 1933, *Rev. trim.* 1933, p. 862). Nous pensons bien plutôt que l'action est alors éteinte : un héritier renonçant ne représente nullement le défunt (*Sic.* Trib. civ. Seine, 27 avril 1920; *Gaz. Pal.* 1920, 2, 396; comp. Req. 6 oct. 1933, *D. H.* 1934, 35).

1225. C. **Compétence.** — Les tribunaux civils sont exclusivement compétents, *ratione materiæ*, pour connaître de la recherche de la paternité naturelle; il est vrai que l'article 340 ne s'en explique pas, mais il est admis que les articles 326 et 327 contiennent le droit commun en matière de réclamation d'état.

Ratione personæ, la compétence est déterminée par le domicile du défendeur, conformément au droit commun : *actor sequitur forum rei*. La thèse d'après laquelle l'action pourrait être portée également, au cas de séduction, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit, et cela parce que la demande dériverait alors d'un délit (L. 26 nov. 1923 qui a modifié les art. 2 et 59 C. pr.; *inf.* t. II, n° 464), a bien été défendue et consacrée (Poitiers, 8 janv. 1932, *D. P.*, 1933, 2, 99, note Lalou); mais elle nous paraît, comme à l'auteur de cette note, difficilement soutenable, l'action en déclaration de paternité étant essentiellement une action d'état, très différente d'une action délictuelle, notamment de l'*action en indemnité* pour séduction; aussi la décision de la Cour de Poitiers a-t-elle été cassée par la Cour suprême qui a rétabli ici les véritables principes (Civ. 29 oct. 1935, *D. H.* 1935, 554) et qui, du même coup, a jugé que le tribunal du droit commun demeurerait compétent malgré que l'action en déclaration judiciaire de paternité fût accompagnée d'une demande d'aliments (même arrêt).

1226. D. **Délais. — Principe.** — La loi a inclu l'action en recherche de la paternité naturelle dans des délais assez brefs; il est urgent d'en finir rapidement avec un problème irritant et d'éviter un chantage à retardement, d'autant plus redoutable que les preuves deviennent moins sûres à mesure qu'elles s'estompent dans le lointain. En pareille matière, il faut agir vite et à coup sûr.

Les délais varient selon qu'ils sont donnés à la mère ou à l'enfant.

1° *Délai donné à la mère ou au tuteur datif.* — Il est de

deux années, à partir de l'accouchement (art. 340, § 11). Mais le point de départ est retardé lorsqu'il y a eu concubinage notoire et aussi lorsque le père a participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant; en de telles éventualités, l'inaction de la mère s'explique par la persistance des relations ou par l'accomplissement, par le père, des devoirs qui lui incombent vis-à-vis de son enfant; c'est donc seulement à compter de la cessation, soit du concubinage, soit de la participation du père prétendu à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, que le délai courra (art. 340, § 12).

Il est à remarquer que la mère peut intenter l'action avant même la naissance : *infans conceptus pro nato habetur...*, du moins si elle a elle-même reconnu son enfant par anticipation;

2° *Délai donné à l'enfant.* — Si l'action n'a pas été intentée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci a un délai d'*une année* pour agir, à compter de sa majorité (art. 340, dernier alinéa).

1227. Caractère des délais. — Les délais impartis par l'article 340 ne sont pas constitutifs d'une véritable prescription, mais d'une simple déchéance; ils sont d'*ordre public*; ce sont des *délais préfix* qui sont de rigueur stricte et qui s'accomplissent inéluctablement (Civ. 7 mai 1923, *S.* 1924, 1, 193, note L. Hugueney, *D. P.* 1923, 1, 57, note Sarrut; Bordeaux, 2 nov. 1927, *Gaz. Pal.* 1928, 2, 109; Paris, 9 avril 1934, *D. H.* 1934, 289); en conséquence :

1° Ces délais, dans lesquels, conformément à un principe général, le *dies a quo* n'est pas compté (Paris, 11 juill. 1928, *D. H.* 1928, 525), ne comportent aucune cause de suspension; ils courent contre l'enfant alors même qu'il se trouverait dans l'impossibilité d'agir, étant, par exemple, dans l'ignorance de son origine et de sa naissance (Trib. civ. Dijon, 18 déc. 1924, *D. P.* 1925, 2, 91);

2° Le tribunal peut et doit appliquer la déchéance d'*office;* il n'est pas besoin qu'elle soit invoquée par le défendeur;

3° Le bénéfice du délai s'impose aux intéressés qui ne peuvent y renoncer ni expressément, ni tacitement (Civ. 7 mai 1923, précité);

4° Il appartient au demandeur de prouver que les délais ne sont pas expirés; spécialement, la mère, lorsqu'elle s'appuie sur la participation du père prétendu à l'entretien de l'enfant, doit établir que les subsides fournis par le défendeur ont cessé moins de deux ans avant l'introduction de l'action (Req. 28 fév. 1928, *D. P.* 1928, 1, 113, note Savatier).

1228. E. **Modes de preuve.** — La preuve s'administre conformément au droit commun; les témoignages, les indices, les présomptions simples peuvent être utilisés. Nous rappelons seulement que, dans le cas de séduction, l'article 340 exige un commencement de preuve par écrit.

1229. F. **Fins de non-recevoir.** — L'article 340 a établi certaines fins de non-recevoir qui imposent, sans autre examen, le rejet de la demande et qui couperont court à tous débats scandaleux et plus ou moins inutiles, car leur efficacité est péremptoire. Les parades, que la loi met à la disposition du défendeur, sont au nombre de trois:

1° *Inconduite notoire de la mère.* — Il faut : *a*) que l'inconduite soit notoire, qu'elle soit attestée par la commune renommée; *b*) qu'elle se réfère à la période de la conception telle qu'elle ressort des présomptions de l'article 312.

Cette première fin de non-recevoir prévient toute tentative de chantage de la part des filles publiques (art. 340, § 8);

2° *Commerce avec un autre individu.* — Cette fin de non-recevoir, instituée dans le même alinéa, se distingue nettement de la précédente : il suffit que la mère ait eu des relations *avec un seul individu* autre que le défendeur pour que ce dernier puisse se dérober à la paternité qu'on veut lui infliger; il oppose alors l'exception dite « *plurium concumbentium* »; pour réussir, il doit établir : *a*) le fait matériel des relations concurrentes; *b*) l'identité de celui ou de ceux qui les ont entretenues; *c*) la coïncidence de ces relations avec le temps de la conception;

3° *Impossibilité physique de procréation.* — Le défendeur peut démontrer qu'il se trouvait, *au cours de la période de la conception*, dans l'impossibilité de procréer l'enfant en question, et cela « soit par suite d'éloignement, *soit par l'effet de quelque accident* » (art. 340, § 9). Cette formule est reproduite de celle de l'article 312, § 2; elle comporte donc la même interprétation (*Sup.* n° 1051).

1230. Caractère limitatif des fins de non-recevoir. — Seules, les fins de non-recevoir de l'article 340 ont un caractère péremptoire; toutes autres circonstances, par exemple l'impuissance naturelle, ne sauraient jouer le même rôle.

Cependant, il va sans dire que la demande pourrait être rejetée pour d'autres raisons, *conformément à la loi*; les délais de l'article 340 étaient expirés ou bien la demande ten-

dait à l'établissement d'une *filiation adultérine* ou *incestueuse* (*sup.*, n° 1219).

1231. G. **Débats.** — La reproduction des débats par la voie des journaux est interdite par l'article 2 de la loi du 16 novembre 1912, qui a ajouté, à cet effet, une disposition dans l'article 39, § 1er de la loi sur la presse du 29 juillet 1881.

1232. H. **Jugement.** — 1° Le tribunal statue en pleine liberté, réserve faite des causes de rejet de la demande qui auraient un caractère péremptoire et, notamment, des fins de non-recevoir ci-dessus étudiées.

A supposer que le demandeur fasse la preuve d'une des cinq circonstances prévues dans l'article 340, le juge n'est pas tenu, par cela même, de procéder à la déclaration judiciaire de la paternité; cette déclaration est toujours *facultatives* pour lui; les cinq éventualités énumérées dans l'article 340 ne constituent pas des présomptions légales de paternité naturelle, mais seulement des *cas d'ouverture à recherche de cette paternité*; la requête du demandeur est *admissible*; il n'est pas encore dit qu'elle soit justifiée; l'article 340, dans sa disposition liminaire, dit seulement que la paternité hors mariage *peut* alors être judiciairement déclarée; le tribunal appréciera.

2° Au cas de rejet de la demande, des *sanctions pénales* peuvent être prononcées à l'encontre de celui qui l'a formée, s'il est convaincu de *mauvaise foi*; la loi du 16 novembre 1912 édicte contre lui les peines établies par l'article 400, § 2 du Code pénal, et aggravées par le décret-loi du 16 juillet 1935, *majorant, au profit de l'Etat, les taux de certaines amendes pénales*, soit un *emprisonnement* de *un à cinq ans* et une *amende de 1.000 à 10.000 francs*; elle permet, en outre, de lui infliger une interdiction de séjour dans un rayon déterminé, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. Il est à remarquer que, par une dérogation remarquable aux règles de la compétence judiciaire, ces peines sont prononcées par *le tribunal civil qui rejette* la demande (L. 16 nov. 1912, art. 3 modifiant l'art. 100, § 2, C. pén. et *D. L.* 16 juill. 1935, art. 1er).

3° Le jugement qui intervient sur la demande en recherche de la paternité naturelle est soumis, sauf controverse, au dogme de l'*autorité relative de la chose jugée*; et, notamment, les tiers sont à même de contester la filiation de l'enfant encore qu'elle ait été officiellement établie par un tribunal (Civ. 23 avril 1925, *D. P.*, 1925, 1, 201, note cri-

tique de M. Savatier; *S.*, 1927, 1, 97, note Eug. Audinet; *inf.* n[os] 1312 et suiv.).

Appel. La décision du tribunal est susceptible d'appel; mais on décidait que le demandeur ne saurait invoquer, devant la Cour, à l'appui de sa prétention, une cause de recherche autre que celle qui était alléguée en première instance; ce serait là, en réalité, introduire une demande nouvelle et échapper à la règle du double degré de juridiction (Civ. 18 fév. 1930, *S.* 1931, 1, 41, note Gény; Req. 29 oct. 1934, *S.* 1935, 1, 5, *D. P.* 1935, 1, 17). Cependant, la Chambre civile a jugé que la mère de l'enfant ne formait pas une demande nouvelle lorsque, ayant d'abord, en première instance, interprété des lettres du père prétendu comme constituant un commencement de preuve par écrit de la séduction avec promesse de mariage (art. 340 — 2°), elle utilisait ensuite en appel ces mêmes lettres pour soutenir qu'elles contenaient, de la part de leur auteur, un aveu non équivoque de paternité (art. 340 — 3°) : car ce sont alors les mêmes lettres, considérées en vue de la même fin, qui ont servi de base à l'action dans les deux instances successives (Civ. 12 nov. 1935, *S.* 1936, 1, 105); et il est certain que cette solution libérale trouve un appui très fort dans le décret-loi du 30 octobre 1935 dont l'article 5 a modifié l'article 464 C. pr. et aux termes duquel : « *ne pourra être considérée comme demande nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents.* »

Il semble bien que désormais, et conformément à cette nouvelle formule, la Cour d'appel doive accueillir les conclusions de la requérante, alors même qu'elles transporteraient le débat sur un nouveau terrain et qu'elles substitueraient une nouvelle cause de recherche à celle qui avait été primitivement et inefficacement choisie.

1233. IV. **Combinaison de la loi de 1912 avec la jurisprudence ancienne.** — On a vu que, dans le système du Code civil et malgré la prohibition de la recherche de la paternité naturelle, la jurisprudence accordait volontiers à la mère une indemnité fondée sur l'article 1382 (préjudice causé par la séduction) ou sur un engagement de pourvoir aux besoins de l'enfant que le père avait pris par écrit (*sup.*, n° 1216). Il ne faut pas croire que cette jurisprudence soit périmée depuis que la loi de 1912 est venue admettre la recherche de la paternité dans des cas déterminés; elle conserve son utilité dans toute une série d'éventualités.

1° *Dans les cas où la déclaration de la paternité est impos-*

sible : les délais impartis par la loi sont expirés, ou bien aucune des cinq ouvertures de l'article 340 n'est utilisable; la mère pourra cependant obtenir des dommages-intérêts dans les termes de la jurisprudence antérieure (Poitiers, 28 mars 1927 et 29 oct. 1928, *S.*, 1929, 2, 1, note Marcel Garaud; Douai, 24 juill. 1933, *D. H.*, 1934, *Somm.*, p. 18, col.3);

2° L'action en recherche de la paternité ne peut atteindre que le père présumé de l'enfant ou ses héritiers; mais l'action en indemnité sera recevable contre le père du coupable, si celui-ci était mineur au moment de la séduction; les parents répondent, en effet, du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux (art. 1384; Paris, 28 avril 1925, *D. H.*, 1925, 415);

3° L'action en recherche de la paternité tend essentiellement à établir officiellement le lien de filiation, bien plutôt qu'à indemniser la mère : on comprend donc que celle-ci joigne les deux actions dans une même demande, afin d'obtenir une complète sanction, pour elle et pour son enfant.

En un mot, les actions en *recherche de paternité* et en *indemnité* sont nettement distinctes, et par leur *objet* et par les *conditions de preuve* qu'elles supposent, ainsi que par les *personnes* qui figurent à l'instance : elles ne font nullement double emploi et elles sont susceptibles de se conjuguer l'une avec l'autre.

Section III. — INAPTITUDE DE LA POSSESSION D'ÉTAT A FAIRE PREUVE DE LA FILIATION NATURELLE

1234. Ancienne jurisprudence. — C'était une question, sur laquelle la doctrine et la jurisprudence étaient divisées jusque vers le milieu du siècle dernier, que de savoir si la possession d'état doit être admise comme preuve de la filiation naturelle; certaines décisions se prononçaient sans réserves pour la négative, tandis que d'autres établissaient une distinction entre la filiation maternelle et la filiation paternelle, la première seule pouvant se prouver, était-il jugé, par la possession d'état.

1235. Intervention de Demolombe. — C'est alors que Demolombe intervint dans le débat et soutint, dès 1835, cette opinion que la possession d'état, qui est « la plus ancienne, la première preuve de l'état des hommes » et qui est plus sûre, plus sincère que le titre, « ouvrage d'un moment », doit pouvoir être utilisée en toute occurrence comme

instrument probatoire de la filiation naturelle, aussi bien du côté du père que du côté de la mère; il faut y voir, pensait-il, une véritable reconnaissance tacite, et la plus décisive de toutes, une reconnaissance de tous les jours, de tous les instants, et « offrant toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité ». (DEMOLOMBE, t. V, n° 480.)

1236. Revirement jurisprudentiel. — L'initiative de Demolombe détermina les auteurs et les juridictions à examiner le problème de plus près, et le résultat de cette révision fut bien inattendu : la jurisprudence, qui inclinait jusque-là à admettre la possession d'état comme preuve de la filiation maternelle, lui refusa désormais toute valeur probatoire (Civ., 17 fév. 1851, *S.*, 1851, 1, 161, *D. P.*, 1851, 1, 113; 3 avril 1872, *D. P.* 1872, 1, 113).

1237. Argumentation. — Ce revirement jurisprudentiel devait être définitif, car l'inaptitude de la possession d'état à faire preuve de la filiation naturelle est démontrée par plusieurs arguments.

1° Le législateur, qui a attribué un rôle important à la possession d'état en matière de filiation légitime (*sup.*, n^os^ 1020 et suiv.), n'a pas dit un mot d'elle à propos de la filiation naturelle; dans les articles 334 et suivants, il n'a prévu que deux modes de preuve de cette dernière filiation : la reconnaissance solennelle et la déclaration judiciaire à la suite d'une action en recherche de la maternité ou, exceptionnellement, de la paternité. Il ne dépend pas de l'interprète d'ajouter un troisième procédé de preuve.

2° D'autant plus que la différence ainsi établie entre les deux ordres de filiation se justifie très bien : la possession d'état, telle qu'elle fonctionne et telle qu'elle est prise en considération par la loi pour la filiation légitime, est celle qui relie l'enfant à ses deux auteurs; il ne suffirait pas qu'il fût considéré et traité comme l'enfant de telle femme mariée pour que sa filiation fût par cela même établie par rapport au mari, ni même par rapport à cette femme; la possession d'état est *indivisible* dans ses deux éléments. Or, cette indivisibilité est étrangère à la filiation naturelle, puisque c'est uniquement le mariage des auteurs de l'enfant qui l'explique et qui permet de l'exiger.

3° Il faudrait donc se contenter de la possession d'état par rapport à l'un des parents; mais alors, on aboutirait à ce résultat que la filiation naturelle se prouverait plus facilement que la filiation légitime, ce qui est inadmissible.

On peut donc considérer comme définitive la différence

établie, depuis plus de trois quarts de siècle, entre la filiation légitime et la filiation naturelle, cette dernière ne pouvant être officiellement prouvée à l'aide de la possession d'état.

1238. Tempéraments et précisions. — Ce n'est pas à dire cependant que la possession d'état ne soit jamais d'aucune considération en pareille matière, et il convient de mettre les choses au point.

1° La possession d'état est parfaitement utilisable en vue de prouver la seule *identité* d'un enfant naturel qui prétend utiliser un acte de naissance et établir que c'est bien de lui qu'il est question dans ce document; en pareil cas, la filiation elle-même n'est pas en cause et la limitation des modes de preuve n'a pas à intervenir.

2° On sait que la possession d'état vaut *aveu* de la part de la mère lorsque l'enfant a été reconnu par son père avec indication de celle-ci dans l'acte; la mère qui a traité cet enfant comme s'il était le sien a par là même avoué sa maternité. En pareil cas, la possession d'état ne joue qu'un rôle d'appoint par rapport à la déclaration du père et en tant qu'élément constitutif d'un aveu tacite (art. 336; *sup.*, n° 1197).

3° La possession d'état joue encore un rôle intéressant dans le procès en recherche de la filiation paternelle, lorsque la réclamation de l'enfant est basée sur le cinquième cas d'ouverture prévu dans l'article 340, c'est-à-dire lorsque le père prétendu a pourvu ou a participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, en tant que père; la loi se contente alors d'un des éléments de l'état : « *tractatus* » (*sup.* n° 1220).

4° Enfin, on verra que la possession d'état d'*enfant commun* est une condition essentielle de la légitimation *post nuptias* (*inf.*, n° 1280).

Chapitre II

Effets de la Parenté naturelle et, spécialement, de la filiation naturelle

1239. Rappel. — Délimitation du sujet. — Il importe de rappeler que la famille naturelle est infiniment plus réduite que la famille légitime, la parenté naturelle n'ayant pas la même force de propagation que la parenté légitime et s'analysant dans un rapport entre auteurs et enfants (*sup.* n° 1176).

Cependant, il y a lieu de remarquer que le Code civil établit une *vocation successorale* entre *frères et sœurs naturels* : lorsqu'un enfant naturel décède sans laisser ni postérité, ni père ni mère, sa succession est attribuée à ses frères et sœurs *naturels*, c'est-à-dire aux autres enfants naturels, issus du même père ou de la même mère, et cela à l'exclusion des frères et sœurs légitimes à qui la loi n'accorde qu'un droit de retour sur les biens de provenance paternelle ou maternelle (art. 766). La vocation successorale étant, dans notre droit, basée sur la parenté, on peut donc considérer qu'il existe un lien de parenté collatérale entre frères et sœurs naturels, lien qui ne produit d'ailleurs que des effets très limités.

Comme, d'autre part, il n'existe pas d'*alliance* à l'intérieur de la famille naturelle (*sup.*, n° 684), nous devons donc borner désormais nos explications aux rapports qui existent entre enfants et parents naturels, c'est-à-dire aux conséquences qui sont attachées à la paternité et à la filiation naturelles.

1240. Différentes catégories d'enfants naturels. — Trois cas sont à distinguer :

1° *La filiation de l'enfant n'a pas été officiellement établie*; alors, elle n'a produit aucun effet; l'enfant est une *épave*: il ne ressortit à aucune famille. Cependant, certains auteurs admettent que la filiation, même non établie officiellement, fait obstacle au mariage dans les termes du droit commun; c'est une opinion qui nous paraît indéfendable (*sup.*, n° 719).

2° La filiation de l'enfant a été officiellement établie, au moins par rapport à l'un de ses auteurs, et, bien qu'irrégulière, elle n'est pas coupable : le mariage aurait été possible entre les auteurs de l'enfant; celui-ci est un *enfant naturel simple* : c'est l'éventualité normale.

3° La filiation de l'enfant, qui a été officiellement constatée, est entachée d'*inceste* ou d'*adultérinité*.

L'éventualité est exceptionnelle et l'on peut même se demander si elle est réalisable, étant donné que le Code civil prohibe la reconnaissance, volontaire ou forcée, des enfants adultérins ou incestueux (*sup.* n^{os} 1193 et 1203). Cependant, nous verrons qu'il est des cas où la filiation coupable s'est affirmée régulièrement.

1241. Plan. — Nous devons donc envisager successivement la condition des enfants naturels simples, puis celle des enfants adultérins ou incestueux.

SECTION I. — ENFANTS NATURELS SIMPLES

1242. La puissance paternelle. Principe. — Ce principe a été posé, non par le Code civil, mais par la loi du 2 juillet 1907; d'après l'article 383, nouvelle rédaction : « *... la puissance paternelle sur les enfants naturels est régie comme celle relative aux enfants légitimes* » (art. 383, § 3).

1243. Dérogations. — I. **Attribution de la puissance paternelle.** — Toutefois, cette règle comporte des dérogations :

1° La puissance est exercée en principe par celui des parents qui a reconnu l'enfant en premier lieu, c'est-à-dire *pratiquement* par la mère (art. 383, § 1). En cas de *reconnaissance simultanée* par les deux auteurs, c'est le père qui est préféré : c'est à lui que la loi confère l'exercice de l'autorité paternelle (même texte).

Au décès du parent investi de la puissance, celle-ci passe *de plein droit* au survivant (même texte) : la dévolution est légale et automatique.

2° Aux termes de l'article 383, § 2, « *le tribunal peut toutefois, si l'intérêt de l'enfant l'exige, confier la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi* ». L'autorité judiciaire exerce donc, sur la puissance paternelle des parents naturels, un contrôle plus effectif que sur celle des parents légitimes; car, il n'est pas du tout nécessaire, pour que le tribunal prescrive ce déplacement de la puissance paternelle, que le détenteur actuel ait encouru la *déchéance* aux termes de la loi du 24 juillet 1889; il suffit que l' « *intérêt de l'enfant* » exige cette mesure, et, de cet intérêt, le tribunal est l'appréciateur souverain.

1244. II. **Attributs de la puissance paternelle.** — La puissance paternelle des parents naturels étant gouvernée, en principe, par les mêmes règles que celle des parents légitimes, comporte les attributs qui sont attachés à cette dernière : droits de garde, d'éducation, de correction; l'*usufruit légal* y est expressément intégré par l'article 384, § 2, modifié par la loi du 2 juillet 1907; aux termes de cette disposition, celui des parents naturels qui est investi de l'autorité paternelle a la jouissance légale des biens de l'enfant « *dans les mêmes conditions que les père et mère légitimes, sauf ce qui sera dit à l'article* 389 ». Ces derniers mots visent l'obligation qui incombe à celui des parents naturels qui détient la puissance de faire nommer un subrogé tuteur dans

les trois mois de son entrée en fonctions : s'il contrevient à cette obligation, il n'a droit à la jouissance légale qu'à compter du jour de la nomination de ce surveillant (art. 389, § 12).

1245. Absence d'administration légale. — Il est cependant un attribut de la puissance paternelle qui n'appartient jamais aux parents naturels : c'est l'*administration légale*. Comme on l'a vu (*sup.*, n° 505), l'enfant naturel n'est jamais soumis à ce régime, mais il est toujours en tutelle, dès l'origine et quand bien même il aurait été reconnu par ses deux auteurs (art. 389, § 1er et § 12).

1246. Obligation alimentaire. — On sait que les articles 203 et suivants, relatifs à l'obligation alimentaire, figurent dans un chapitre qui est intitulé « *Des obligations qui naissent du mariage* »; d'où la question de savoir si cette obligation existe à l'intérieur de la famille naturelle; le doute semble d'autant plus permis qu'aucun texte ne fait allusion à l'existence d'une dette de ce genre à la charge des parents naturels et vis-à-vis de leurs enfants. Cependant, l'existence d'une telle obligation est couramment admise; elle résulte, outre de la tradition (Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 397 et 395), de toute une série de déductions: 1° l'article 762 accorde des aliments aux enfants adultérins ou incestueux dans les successions de leurs parents; 2° il ressort de là que les parents étaient tenus, de leur vivant, d'une obligation alimentaire vis-à-vis de ces enfants, car on ne comprendrait pas que la dette incombât à la succession, c'est-à-dire, en définitive, aux héritiers, si elle ne pesait pas antérieurement sur leur auteur, de son vivant; 3° mais alors, si des aliments sont dus à l'enfant adultérin et incestueux, il est impossible de les refuser à l'enfant naturel simple, mieux traité à tous égards que le premier; 4° et comme l'obligation alimentaire est marquée au coin de la réciprocité, il faut encore admettre que l'enfant naturel doit des aliments à ses père et mère dans le besoin (Req. 13 juill. 1886, *D. P.*, 1887, 1, 119, *S.*, 1887, 1, 65, note Chavegrin).

Cette obligation comporte les mêmes *sanctions* qu'entre parents légitimes; notamment, les *sanctions pénales*, édictées par les lois du 7 février 1924 et du 3 avril 1928 qui ont institué le délit d'*abandon de famille*, sont applicables au père naturel qui s'abstient volontairement de payer la pension alimentaire qu'il avait été condamné à servir à son enfant (Crim., 7 janv. 1927, *S.*, 1928, 1, 256; Paris, 2 mars 1934, *S.* 1934, 2, 157), ceci à condition que l'obligation en

souffrance soit bien l'obligation *née de la loi et fondée sur le devoir de famille* (*sup.* n° 1164), et non pas la dette délictuelle née du délit de séduction (Crim. 27 mars 1934, *D. H.* 1934, 238).

Le problème de la compétence comporte ici les mêmes solutions que dans la famille légitime; nous pensons notamment que les dispositions de la loi du 6 avril 1932 (*sup.* n° 1161), doivent jouer au profit des parents naturels comme en faveur des parents légitimes.

Seulement, comme l'enfant naturel n'entre pas dans la famille de ses auteurs, il faut en conclure que *l'obligation naturelle est limitée ici au premier degré*; il n'existe pas de dette réciproque entre lui et les ascendants de ses parents immédiats, ou du moins il ne saurait s'agir, dans cet ordre d'idées, que d'une obligation *naturelle* et non point civile (*inf.*, t. II, n° 714; — Nîmes, 3 avril 1933, *D. H.*, 1933, 389).

1247. Vocation successorale. — L'enfant naturel a, dans les successions de ses père et mère, des droits qui ont été considérablement élargis par une loi du 25 mars 1896, laquelle a modifié à cet effet les articles 756 et suivants.

En réciprocité, la succession de l'enfant naturel *décédé sans postérité* est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu, et, s'il a été reconnu par l'un et l'autre, elle l'est à tous deux, par moitié.

1247*bis*. Pension de retraite. — L'enfant naturel, dont la filiation est légalement établie, peut prétendre à une pension temporaire, en qualité d'orphelin de fonctionnaire ou d'employé civil : la loi l'assimile aux orphelins de père et de mère (L. 14 avril 1924, art. 23, § 5); pour les pensions militaires, la loi du 31 mars 1919, dans son article 26, exige que l'enfant naturel ait été reconnu dans les deux mois de sa naissance, sauf empêchement dûment justifié (J. Delpech, *Pensions et retraites civiles et militaires*, t. I, n° 882).

1248. Nom de l'enfant naturel. — Voy. *sup.* n° 210.

1248*bis*. Bien de famille. — La présence d'un enfant naturel reconnu permet à son auteur de constituer un bien de famille (L. 12 juill. 1909, art. 3; *inf.* n° 1540) : ainsi se trouve littéralement reconnue par le législateur l'existence d'une famille naturelle.

1249. Infériorité de la condition de l'enfant naturel par rapport à celle de l'enfant légitime. — Cette infé-

riorité, qui était profonde dans le système du Code civil, a été atténuée par diverses lois intervenues depuis un tiers de siècle; il est impossible qu'elle disparaisse jamais complètement; elle est postulée par la nature même des choses, et d'ailleurs sa disparition équivaudrait à la suppression de la famille légitime : le jour où les enfants issus de l'union libre seraient traités exactement comme les enfants légitimes, il n'y aurait plus d'union légitime, ou, ce qui revient sensiblement au même, toutes les unions seraient légitimes.

L'infériorité de la condition des enfants naturels par rapport à celle des enfants issus du mariage apparaît notamment aux points de vue suivants :

1° La part successorale d'un enfant naturel qui trouve en face de lui des enfants légitimes, des ascendants ou certains collatéraux, est sensiblement inférieure à celle que recueillerait, dans la même occurrence, un enfant légitime (art. 758 et 759);

2° Cette part successorale ne peut pas être augmentée par des *donations entre vifs* consenties par les père et mère (art. 908);

3° La présence d'un enfant naturel ne fait pas obstacle à l'adoption, alors qu'au contraire la personne qui a un enfant légitime ne saurait en adopter un autre (art. 344);

4° La survenance d'un enfant naturel ne révoque pas la donation entre vifs antérieurement consentie par le donateur; seule, la survenance d'un enfant légitime produit ce résultat (art. 960).

1250. Condition juridique faite à l'enfant naturel qui a été reconnu pendant le mariage de son auteur. — Il est un enfant naturel simple qui est particulièrement mal traité par la loi : c'est celui qui a été reconnu *au cours du mariage* de son auteur. On suppose qu'une personne, ayant un enfant naturel non reconnu, se marie, non pas avec l'autre auteur de cet enfant, mais avec une tierce personne; après quoi, pendant le mariage, elle reconnaît l'enfant. Cette reconnaissance est *valable*, mais elle ne produit que des effets limités; aux termes de l'article 337, elle ne peut nuire, ni au conjoint trompé, ni aux enfants issus du mariage; la reconnaissance ne leur est pas opposable, elle est frappée d'inefficacité à leur égard.

Le législateur a considéré que c'est pour la famille légitime une surprise désagréable et imméritée que de voir apparaître et s'affirmer officiellement un enfant naturel que l'un des époux avait eu, antérieurement au mariage, d'une tierce personne; il y a, de la part de l'auteur de la reconnaissance,

plus qu'une indélicatesse : un manque de loyauté et une violation de la foi promise. On défendra la famille légitime contre l'intrus.

1251. Domaine d'application de l'article 337. — Ce domaine veut être précisé dans une double direction; il faut savoir :

1° *Dans quelle mesure* l'article 337 réduit les effets de la reconnaissance; 2° *dans quelle éventualité*, au juste, il est applicable.

1252. 1° Mesure dans laquelle l'article 337 réduit les effets de la reconnaissance. — A cet égard, deux règles doivent être posées :

a) L'inefficacité de la reconnaissance est limitée formellement par le texte aux intérêts du conjoint et à ceux des enfants nés du mariage; c'est la famille légitime immédiate que l'on a voulu protéger contre la révélation tardive d'une filiation naturelle; mais l'enfant reconnu au cours du mariage peut opposer son titre aux collatéraux, aux enfants issus d'un précédent mariage, à un autre enfant naturel. L'article 337 fait une application de ces idées lorsqu'il décide, dans son deuxième alinéa, que la reconnaissance produira son effet après la dissolution du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants : il n'y a plus personne à protéger;

b) Ce ne sont pas tous les droits qui sont visés par l'article 337, mais uniquement *les droits pécuniaires*, ceux qui font partie intégrante du patrimoine; quant aux droits extra-patrimoniaux, l'enfant peut les exercer même à l'encontre et contre le gré du conjoint et des enfants issus du mariage : il porte le *nom* de l'auteur de la reconnaissance; il est soumis à sa *puissance paternelle* et à son *autorité tutélaire*.

1253. — Au contraire, les intérêts pécuniaires du conjoint et des enfants légitimes sont protégés contre les prétentions de l'enfant naturel qui ne pourra donc pas faire valoir contre eux un *droit de succession* : les biens laissés par l'auteur de la reconnaissance, à son décès, seront attribués aux enfants issus du mariage et au conjoint survivant *comme si l'enfant naturel n'existait pas*; pour lui, c'est l'exclusion complète; tandis que, s'il se trouve en présence de tous autres héritiers, il fait valoir ses droits dans leur intégralité. *C'est là la signification essentielle de l'article* 337 qui a pour but, sinon exclusif du moins principal, de désarmer l'enfant, quant à la

dévolution successorale *ab intestat*, vis-à-vis du conjoint et de ses enfants issus du mariage.

1254. Libéralités. — Cette inaptitude à recueillir la succession *ab intestat* de l'auteur de la reconnaissance donnera sans doute à celui-ci l'idée de restituer à l'enfant, au moyen de libéralités testamentaires ou entre vifs, l'émolument que la loi lui enlève et de rétablir ainsi une situation bien compromise par l'article 337 : cette combinaison est-elle possible? L'enfant naturel, incapable de se présenter, à l'encontre du conjoint et des enfants légitimes, comme héritier *ab intestat*, peut-il faire figure de donataire ou de légataire? On en a douté, car alors il ne resterait que peu de chose de la disposition de l'article 337, l'enfant recevant d'une main, sous forme de libéralité, ce que la loi lui enlève de l'autre en tant que part héréditaire *ab intestat*; ce texte perdrait toute signification pratique; il deviendrait ainsi, suivant l'expression de M. Ch. Beudant, « *tellum imbelle sine ictu* ». La Cour de cassation ne s'est pas rendue à ces raisons : ce que l'article 337 déclare inefficace à l'égard de la famille légitime, c'est la reconnaissance et la reconnaissance seule; or les libéralités consenties à l'enfant ne sont pas dans un rapport d'effet à cause avec ladite reconnaissance; elles auraient pu tout aussi bien intervenir en l'absence de celle-ci et au profit de l'enfant sans filiation; à cet égard, elles diffèrent du tout au tout de la vocation successorale qui est au contraire un effet direct de la reconnaissance, sans laquelle elle n'eût pas existé. Pour réclamer les biens à lui donnés ou légués, l'enfant n'a pas besoin d'invoquer la reconnaissance, de se présenter comme un enfant naturel reconnu; il se manifeste en tant que légataire ou en tant que donataire, sans plus. (*Sic.*, Req. 28 mai 1878, *D. P.*, 1878, 1, 401, note critique de Ch. Beudant; *S.*, 1879, 1, 337, note Labbé.)

1255. Droit aux aliments. — C'est également une question fort discutée que de savoir si l'enfant naturel reconnu pendant le mariage peut réclamer des aliments à l'auteur de la reconnaissance; les deux opinions opposées comptent des défenseurs. Il semble que la jurisprudence se rallie à une opinion intermédiaire procédant de cette directive que, d'après l'article 337, la reconnaissance ne doit pas *nuire* à la famille légitime immédiate; en conséquence, on distinguera selon que les aliments sont fournis à l'enfant à l'aide des revenus de l'auteur de la reconnaissance — et il faut entendre par là ceux dont il a la disposition — ou bien

avec ceux du conjoint trompé ou des enfants légitimes; dans le premier cas, rien ne s'oppose à ce que l'obligation alimentaire s'exécute; sa réalisation ne nuit pas à la famille légitime; dans la deuxième, elle se heurte à la disposition restrictive de l'article 337; la famille légitime peut s'opposer à son exécution. On aboutit ainsi à faire une situation plus favorable à l'enfant reconnu par le mari — au cours du mariage — qu'à celui qui a été reconnu par la femme; car, sous la plupart des régimes, c'est le mari qui a la disposition de tous les revenus du ménage (Civ., 16 déc. 1861, *S.*, 1862, 1, 419, *D. P.*, 1862, 1, 39; Req., 13 juill. 1866, *S.*, 1887, 1, 65, note Chavegrin, *D. P.*, 1887, 1, 119).

1256. 2° Dans quelle éventualité l'article 337 est-il applicable? — Ce texte suppose une reconnaissance intervenue au cours du mariage que son auteur a contracté avec une tierce personne; il ne vise ni la reconnaissance *antérieure* à la célébration du dit mariage, fût-elle demeurée occulte, ni celle qui n'est intervenue qu'*après la dissolution* de l'union.

Ces solutions sont certaines; mais la discusion est vive sur le sens qu'il convient d'attribuer au mot *reconnaissance*. S'agit-il exclusivement d'une reconnaissance volontaire? Ou bien le législateur n'a-t-il pas visé du même coup la *reconnaissance forcée*, déclarée par le juge sur une action en recherche de la maternité ou de la paternité naturelle? Les effets de cette reconnaissance judiciaire ne vont-ils pas se trouver paralysés dans la mesure où le seraient ceux d'un aveu spontané de paternité?

A cette question, la jurisprudence répond par l'affirmative : elle n'admet pas que les effets de la filiation naturelle puissent différer selon que cette filiation a été rendue certaine par tel ou tel procédé; le mode de preuve ne doit pas réagir à ce point sur le fond même du droit; en toute occurrence, la famille légitime doit être protégée contre l'apparition imprévue d'un enfant naturel qui prétendrait faire irruption dans son cadre et fausser son jeu régulier. A quoi on peut ajouter que la parenté naturelle, comme la parenté légitime, dérive, non d'un acte de volonté, mais de la communauté du sang; du moment qu'elle existe, elle doit produire des effets identiques; d'ailleurs, le jugement qui reconnaît l'existence d'une maternité ou d'une paternité naturelle est *déclaratif* aussi bien qu'une reconnaissance volontaire; il doit donc produire les mêmes effets (*Sic*, Civ., 16 déc. 1861, précité; Req., 19 fév. 1923, *S.*, 1923, 1, 224,

D. P., 1924, 1, 46; Bordeaux, 25 mai 1892, *D. P.*, 1894, 2, 50).

1257. — Mais l'opinion contraire, qui limite la portée de l'article 337 au cas de reconnaissance volontaire, a parfois reçu la consécration judiciaire (Besançon, 1er mai 1930, *S.*, 1931, 2, 73, note Gény); et il faut bien convenir que la jurisprudence dominante soulève de très graves objections :

a) Objection de *texte* : l'article 337 envisage évidemment le cas d'une reconnaissance volontaire : « la reconnaissance *faite* pendant le mariage... »;

b) Objection d'*équité* et de *logique* : celui qui reconnaît *volontairement* son enfant au cours du mariage contracté avec une tierce personne commet une tromperie à l'égard de son conjoint; on ne saurait en dire autant si c'est un jugement qui lui impose, contre son gré, une maternité ou une paternité qu'il se défendait d'établir officiellement; en pareille éventualité, il n'a pas commis de manquement à la foi jurée; il subit les événements au lieu de les diriger.

A ces considérations qui ont entraîné une bonne partie de la doctrine à adopter l'interprétation restrictive, on ajoute parfois que la disposition de l'article 337 est critiquable et qu'il convient donc d'en circonscrire autant que possible le domaine (Rouast, n° 866). Nous ne serions pas aussi affirmatif : l'éventualité envisagée par le texte n'est guère à l'honneur de l'auteur de la reconnaissance qui commet une véritable félonie; et, pour la famille légitime, elle constitue une catastrophe qui appelle des mesures réparatrices. Il est bien vrai que le parent naturel aurait pu reconnaître secrètement son enfant antérieurement au mariage, mais cet aveu, émané d'un célibataire, n'aurait pas, pour la famille légitime, le même caractère désobligeant et presque injurieux qui est celui d'une reconnaissance intervenue au cours du mariage.

En tout cas, il faut choisir entre les deux thèses opposées : un système plus nuancé et qui prétend distinguer selon les conditions dans lesquelles le jugement est intervenu, et notamment d'après les motifs retenus par le tribunal (*Sic*, Gény, note précitée), nous paraît incompatible avec la formule tranchante de l'article 337; il est inadmissible que les circonstances retenues par le tribunal revêtent une valeur véritablement décisive et que, en matière d'état, la forme emporte à ce point le fond.

Section II. — ENFANTS ADULTÉRINS OU INCESTUEUX

1258. Idée générale. — L'enfant adultérin ou incestueux doit rester à l'état d'épave, de paria; c'est le vœu du Code civil qui, au nom de la morale outragée et dans l'intérêt de la société, entend qu'un voile soit posé sur l'origine coupable de la filiation et qui, par une méthode de réversibilité bien cruelle, rejette sur l'enfant la faute des parents.

1259. Conséquences. — Donc, un tel enfant ne pourra être *reconnu* ni volontairement, ni judiciairement (art. 335 et 342); sa *légitimation* sera impossible, du moins *dans la pure doctrine du Code civil*; il n'aura, légalement, ni père ni mère, ni frères ni sœurs; aucun droit de succession ne lui est attribué par rapport à ses parents (art. 762).

Il est cependant possible que sa filiation soit régulièrement établie.

1260. Cas où la filiation adultérine ou incestueuse est officiellement établie :

1° On peut supposer qu'un tribunal a déclaré judiciairement une paternité adultérine ou incestueuse, donc en violation de l'article 342. Sans doute, cette décision comporte des recours possibles; mais, si ces recours sont épuisés ou non utilisés, elle devient définitive et inattaquable : il n'existe pas d'action en nullité contre les jugements. La filiation coupable se trouve ainsi officiellement et définitivement établie (Req., 12 déc. 1854, *D. P.*, 1885, 1, 53);

2° Un enfant, dont la mère est mariée, est *désavoué* avec succès par le mari; son origine adultérine est par cela même établie;

3° Un mariage est déclaré nul pour cause de *bigamie* ou d'*inceste*, et, comme les époux étaient tous deux de mauvaise foi, il ne produit pas les effets qui sont attachés au mariage putatif. L'enfant issu de cette union est, aux yeux de tous, adultérin ou incestueux.

1261. Distinction. — Puisque la filiation adultérine ou incestueuse est susceptible de s'étaler au grand jour, il faut donc distinguer, pour déterminer sa condition juridique, selon que cette filiation est demeurée dans l'ombre, conformément au vœu des rédacteurs du Code civil, ou suivant qu'elle est officiellement affirmée.

I. *Enfants adultérins ou incestueux dont la filiation est*

demeurée obscure. — C'est l'immense majorité. Pour ceux-là, le régime d'ostracisme que nous avons sommairement décrit s'applique dans toute sa rigueur; ils n'auront pas d'autres *noms* que ceux qui leur auront été attribués par l'établissement où ils auront été admis ou bien par l'officier de l'état civil (*Sup.*, n° 210); ils entreront sans doute dans la grande famille des *enfants assistés*; et, en somme, leur condition ne sera pas différente de celle des *enfants trouvés*.

1° L'indétermination même de leur origine ne va pas sans quelques avantages pour eux : notamment, les incapacités de recevoir entre vifs qui frappent les enfants naturels (art. 908) ne sauraient les atteindre; leurs parents pourront leur consentir des donations dans les termes du droit commun, à eux qui sont juridiquement des étrangers par rapport à leurs bienfaiteurs. Il n'en serait autrement qui si, dans l'acte de donation — ou dans le testament — le disposant avait laissé transparaître les raisons de sa générosité; alors, la libéralité serait nulle comme ayant une *cause illicite*; mais s'il s'est contenté de gratifier son enfant sans faire allusion à son origine, la libéralité sera pleinement valable, la loi interdisant de prouver le lien coupable qui unissait bienfaiteur et gratifié; l'enfant profite ainsi de l'excès d'indignité dont on a pensé l'accabler; le salut lui vient de l'excès même du mal;

2° D'autre part, il faut songer que la responsabilité du père adultérin ou incestueux peut être engagée civilement au même titre que celle du père d'un enfant naturel simple :

a) Envers la *mère* qui aura droit à des dommages-intérêts du fait de la séduction dont elle a pu être la victime (Civ., 26 juill. 1864, *S.*, 1865, 1, 33; Montpellier, 2 juin 1932, *S.*, 1933, 2, 48);

b) Envers l'*enfant*, du moins si un engagement a été pris, explicitement ou implicitement, de pourvoir à ses besoins. Le jugement qui en constate l'existence et qui en prescrit l'exécution ne va à l'encontre, ni de l'article 335, car il ne s'agit nullement, pour le père, de *reconnaître* son enfant; ni de l'article 342, car cette décision ne prétend pas établir judiciairement la filiation coupable. (Req., 2 nov. 1932, *S.*, 1933, 1, 50, *D. H.*, 1932, 572; 30 avril 1934, *S.*, 1934, 1, 391; Civ., 9 juill. 1935, *S.*, 1936, 1, 29; *D. H.*, 1935, 444; 23 déc. 1935, *D. H.*, 1936, 115, *S.*, 1937, 1, 31; trib. civ. Mayenne, 8 déc. 1927, *D. P.*, 1928, 2, 159, note Savatier; Paris, 9 oct. 1928, *D. H.*, 1928, 533; Amiens, 10 avril 1933, *S.*, 1933, 2, 189);

3° Si le père, qui subvenait à l'existence de son enfant adultérin, est victime d'un accident mortel, cet enfant est

admis à réclamer une indemnité à l'auteur responsable de l'accident (Crim., 10 janv. 1929, *D. P.*, 1929, 1, 40);

4° Enfin, il va sans dire que l'enfant « sans famille » peut cependant s'en créer une par le mariage : à défaut de famille ascendante, il aura une famille descendante qui, sans renouer légalement la chaîne généalogique interrompue, en inaugurera une nouvelle.

1262. — II. *Enfants adultérins ou incestueux dont la filiation est régulièrement établie.*

1° Ceux-là encourent les incapacités édictées par la loi à leur encontre : non seulement ils sont dépourvus de toute vocation successorale, mais encore ils ne peuvent rien recevoir de leurs auteurs, si ce n'est à titre d'aliments (art. 908, § 3);

2° Ils portent le *nom* de l'auteur vis-à-vis duquel leur filiation a été légalement établie; dans le cas d'un désaveu de paternité, il leur est donc défendu de porter le nom du mari, et aussi le nom du père véritable qui les aurait illégalement reconnus; seul, le nom de la mère peut être pris par eux (Paris, 9 mars 1894, *D. P.*, 1895, 2, 272);

3° Ils ont droit à des *aliments*, soit du vivant de leurs parents vis-à-vis desquels leur filiation a été officiellement établie, soit après leur décès et dans leur succession (art. 762 à 764). Dans ce dernier cas, les aliments sont réglés eu égard non seulement aux facultés du père et de la mère, mais aussi au nombre et à la qualité des héritiers légitimes (art. 763); d'autre part, si les parents ont fait apprendre à l'enfant un art mécanique, d'une façon plus générale, s'ils l'ont mis à même de gagner sa vie, ou encore si l'un d'eux lui avait assuré des aliments de son vivant, la succession se trouve libérée de toute obligation (art. 764);

4° Nous pensons que la filiation coupable, lorsqu'elle est légalement établie, confère aux parents les droits attachés tant à la *puissance paternelle* qu'à la *tutelle*, car les articles 383 et 389 n'établissent, à cet égard, aucune distinction entre les diverses catégories d'enfants naturels (*Sic*, pour l'enfant adultérin, Dijon, 23 mai 1934, *D. P.*, 1936, 2, 44, note M. Nast, conforme);

5° Enfin, nous allons voir que, dans certains cas, les enfants *adultérins* ou *incestueux* peuvent être légitimés pourvu que leur filiation ait été officiellement établie, par une reconnaissance ou par une déclaration judiciaire de paternité et de maternité, vis-à-vis de leurs deux auteurs.

CHAPITRE III

Passage
de la filiation naturelle à la filiation légitime

DE LA LÉGITIMATION

1263. Sources. — C. civ., art. 331 à 333; L. des 7 nov. 1907, 30 déc. 1915, 7 avril 1917, 1er juill. 1922, 25 avril 1924, 31 janv. 1928, 11 juill. 1929, 19 fév. 1933.

Bibliographie. — Ed. Lévy, *Traité pratique de la légitimation*; thèses : Delepierre, 1888; Montel, 1908; Berthoule, 1918; Fabia, 1919; Lepelletier, 1920; Buffelan, 1921.

1264. Définition. — La *légitimation* est un bénéfice par lequel un enfant conçu hors mariage est égalé, *pour l'avenir*, à un enfant légitime.

On conçoit que ce bénéfice soit attaché au mariage subséquent des parents ou bien qu'il soit conféré à l'enfant par décision administrative ou judiciaire.

1265. Historique. — Le *droit romain* a connu ces deux formes de légitimation, la première qui fut introduite par les empereurs chrétiens sous l'influence de l'Eglise, la deuxième qui apparut seulement sous Justinien et qui était accordée par rescrit impérial.

Notre *ancien droit* pratiqua aussi ces deux variétés de légitimation, mais, en ce qui concerne la deuxième, le rescrit impérial fut remplacé par des *lettres royaux* que délivrait la chancellerie royale à beaux deniers comptants.

Pendant la *période révolutionnaire*, la légitimation par lettres royaux disparut en suite de la suppression des Parlements en 1791; la fonction ne survécut pas à l'organe.

Le *Code civil* admit la seule légitimation par mariage subséquent des parents. Cette institution s'est considérablement développée depuis un tiers de siècle : les lois des 7 novembre 1907, 30 décembre 1915, 25 avril 1924, 31 janvier 1928 et 19 février 1933, ont admis et ont réglementé la légitimation des enfants adultérins; de plus, la première de ces lois a consolidé la jurisprudence qui, dès auparavant, admet-

tait, dans certains cas, celle des enfants incestueux; d'autre part, la loi du 30 décembre 1915 a introduit la légitimation *post nuptias*, par décision judiciaire; enfin, la loi du 7 avril 1917, issue de la guerre, est venue permettre, en dehors de tout mariage, la légitimation des enfants des soldats morts pour la France.

1266. — A *l'étranger*, la légitimation est admise à peu près partout, plus ou moins largement (C. civ. *allemand*, art. 1719 et suiv.; C. civ. *suisse*, art. 258 et suiv.). L'*Angleterre* même, pendant longtemps réfractaire à cette mesure de clémence, a fini par l'admettre (L. du 12 déc. 1926, *Ann. de lég. étrang.*, 1927, p. 300).

1267. Appréciation critique. — La valeur morale et sociale de la légitimation par mariage subséquent ou en suite d'un mariage et par décision judiciaire n'est pas contestable : les parents, les enfants et la société elle-même ont tout intérêt à ce que l'union irrégulière soit transformée en union légitime; tout le monde gagnera à cette régularisation. Le mérite de la légitimation par décision de l'autorité et indépendamment de tout mariage devant l'officier de l'état civil, est, au contraire, sujet à caution; il faut éviter de donner aux parents cette impression et cet espoir que leur situation pourra être régularisée sans qu'ils aient à comparaître devant l'officier de l'état civil. Néanmoins, il est des cas où cette comparution n'est plus possible, à raison du décès ou de la survenance d'une incapacité chez l'un des époux; et l'on comprend qu'en telle occurrence certaines législations admettent la légitimation par une décision administrative (*Allemagne*) ou judiciaire (*Suisse*).

1268. Plan. — Nous étudierons :
1° La *légitimation des enfants naturels simples*;
2° Celle des *enfants adultérins ou incestueux*;
3° Les *effets et la contestation de la légitimation*.

1269. Remarque préliminaire. — Dans l'économie de notre système français, la légitimation d'un enfant naturel implique toujours le mariage de ses parents à une certaine époque; *elle intervient en fonction de ce mariage* qui en constitue la base.

Ce principe n'a reçu une dérogation toute spéciale et momentanée que du fait de la loi du 7 avril 1917 qui avait admis la légitimation, par jugement, des *enfants des mobilisés morts à la guerre*; il y avait là un retour offensif de la

légitimation par décision de l'autorité; mais cette mesure de circonstance n'est restée en vigueur que pendant les deux années qui ont suivi la cessation des hostilités; depuis le 23 octobre 1921 elle ne relève donc plus que de l'histoire; et c'est seulement de la légitimation intervenue en fonction du mariage des parents que nous avons à nous occuper ici.

SECTION I. — LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS SIMPLES

1270. Distinction. — Trois éventualités sont à distinguer selon la place que le mariage des parents occupe par rapport à la naissance de l'enfant et à sa légitimation :

1° Le mariage se place entre la conception et la naissance : *légitimation de plein droit*, laquelle est d'ailleurs niée par la jurisprudence de la Cour de cassation (*sup.*, n° 1039);

2° Le mariage intervient après la naissance et après l'établissement officiel de la filiation de l'enfant ou, au plus tard, en même temps que cet établissement : *légitimation par mariage subséquent*;

3° Il est célébré après la naissance de l'enfant et à un moment où la filiation de celui-ci n'a pas encore été officiellement établie vis-à-vis de ses parents. La légitimation est encore possible, à certaines conditions : elle intervient alors *post nuptias*.

§ I. — LÉGITIMATION DE PLEIN DROIT

1271. Rappel. — Nous nous bornons à rappeler qu'aux termes de l'article 314, l'enfant né avant le 181e jour du mariage est protégé par la maxime *pater is est...*; il est présumé avoir pour père le mari. De plus, cette présomption de paternité — qui peut être renversée plus facilement que si l'enfant avait été conçu au cours du mariage — se double d'une présomption de reconnaissance tacite qui entraîne automatiquement la légitimation de l'enfant, lequel est donc, en réalité, non pas *légitime*, mais légitimé, avec cette unique particularité que la reconnaissance, qui est à la base de sa légitimation, est tacite et présumée, au lieu d'être expresse et effective comme l'eût exigé le droit commun (V. *sup.*, n° 1039); en somme, tout se ramène ici, pratiquement, à la célébration du mariage entre les parents; cette

célébration, survenue *avant la naissance de l'enfant*, réalise à elle seule la légitimation.

Il est rappelé que la Cour de cassation n'admet pas cette première fonction de la légitimation : pour elle, l'enfant, conçu avant et né pendant le mariage, bénéficie d'une fiction, non pas de légitimation, mais bien de *légitimité* (*sup.*, n° 1039).

§ II. — LÉGITIMATION PAR MARIAGE SUBSÉQUENT

1272. — C'est le procédé normal et classique de légitimation; il n'agit qu'autant qu'un certain nombre de conditions, sont réunies.

Conditions requises. — Il faut :

1° Que la filiation de l'enfant ait été officiellement établie vis-à-vis de ses parents;

2° Que le mariage ait été célébré entre ceux-ci;

3° En principe, que l'enfant soit encore vivant.

1273. I. 1re condition : la filiation de l'enfant doit avoir été établie vis-à-vis de ses parents. — Cet établissement peut d'ailleurs résulter indifféremment d'une reconnaissance volontaire ou d'une déclaration judiciaire de paternité ou de maternité. Mais il est indispensable :

1° Qu'il soit réalisé à l'égard des deux parents;

2° Qu'il soit accompli *au plus tard au moment de la célébration du mariage* (art. 331, § 1). Il est à remarquer que, si la reconnaissance de l'enfant est concomitante au mariage des parents, elle doit être constatée *dans un acte séparé* (même texte); l'officier de l'état civil doit donc, en pareil cas, dresser deux actes distincts, un pour la reconnaissance de l'enfant, un autre pour le mariage des parents; ceci afin d'éviter que l'acte de mariage ne révèle l'origine illégitime de l'enfant.

1274. II. 2e condition : mariage des parents. — C'est la condition essentielle et contenue dans la définition même de la légitimation. Bien entendu, le mariage doit être valable, mais sous le bénéfice de cette réserve que le mariage *putatif* opère, et définitivement, la légitimation des enfants (*Sup.*, n° 865, Civ., 19 nov. 1923, *D. P.*, 1924, 1, 137, note Savatier).

1275. III. 3e condition : existence de l'enfant. — En principe, on ne peut légitimer que les enfants qui sont

vivants lors du mariage. Toutefois, la légitimation est admise même en faveur des enfants décédés lorsqu'ils ont laissé des descendants légitimes (art. 332); dans ce cas, elle profite auxdits descendants (même texte). Mais la présence d'enfants naturels de l'enfant décédé ne rendrait pas possible la légitimation de ce dernier; en effet, cette légitimation ne conduirait *pratiquement* à rien, puisque les enfants naturels n'entrent point dans la famille de leurs parents; de toute façon les descendants du défunt ne peuvent donc espérer recueillir la succession des parents de celui-ci, lesquels ne sont pas, pour la loi, ses grands-parents.

1276. Conditions non exigées. — La loi n'exige ni le *consentement* de l'enfant légitimé, ni une *déclaration expresse* de la part des parents : la légitimation résulte de plein droit, nécessairement et automatiquement, du mariage qu'ils concluent.

1277. Publicité. — Il doit être fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant (art. 331 avant-dernier alinéa); cette formalité doit être accomplie par les soins de l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage, du moins s'il a connaissance de l'existence des enfants; à son défaut, tout intéressé peut prendre cette initiative (art. 331 *in fine*).

1278. Précaution prise dans l'intérêt de l'enfant légitimé. — On sait que les extraits du registre des naissances, tels qu'ils sont délivrés au public, sont tronqués et ne doivent pas permettre de distinguer un enfant légitime d'un enfant naturel, à plus forte raison un enfant légitimé d'un enfant légitime; notamment, les mentions marginales n'y figurent pas. Cependant, il est un cas où la loi exigeait jadis une copie intégrale de l'acte de naissance, c'est celui où l'intéressé veut lui-même se marier; mais la loi du 11 juillet 1929 a supprimé cette rigueur; on se contente d'un simple extrait, avec, s'il y a lieu, l'indication de la qualité d'époux des père et mère, en sorte qu'il n'est pas même fait allusion à la légitimation (art. 70, § 1, nouv. réd., *sup.*, n° 771).

§ III. — LÉGITIMATION *POST NUPTIAS* PAR DÉCISION JUDICIAIRE

1279. Utilité de cette forme de légitimation. — Sous l'empire du Code civil, la légitimation était imprati-

cable si la filiation de l'enfant n'avait pas été établie avant le mariage ou, au plus tard, lors de sa célébration. Ce régime était rigoureux et injuste; dans le peuple, bien des parents s'imaginent que le mariage a, par lui-même, une vertu rédemptrice absolue et qu'il légitime les enfants même non reconnus; ils s'apercevaient trop tard de leur erreur et se trouvaient placés en présence de l'irréparable : les enfants, encore que leurs parents fussent mariés, restaient des bâtards. C'est pour remédier à cette situation si digne d'intérêt que la loi du 30 décembre 1915 a introduit dans notre Code civil la légitimation *post nuptias*, grâce à laquelle la situation peut être rétablie, à tout moment.

1280. Conditions requises. — Les conditions exigées pour la légitimation par mariage subséquent le sont également pour la légitimation *post nuptias* : il faut donc que les parents soient mariés et que la filiation de l'enfant ait été légalement établie.

En outre, deux conditions supplémentaires sont requises :

1° L'enfant doit avoir, depuis la célébration du mariage, la *possession d'état d'enfant commun* (art. 331, § 6); on veut éviter par là les supercheries, les adoptions déguisées sous l'apparence d'une légitimation; il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'enfant ait, à proprement parler, la possession d'état d'enfant légitime, car, ce qu'il s'agit de prouver, ce n'est pas la légitimité, mais seulement la qualité d'enfant naturel par rapport à l'un et à l'autre des époux; tout au moins faut-il que la possession d'état d'enfant commun existe *simultanément* et *indivisément* à l'égard des deux auteurs (Paris, 22 mars 1933, *D. P.*, 1933, 2, 59, *S.*, 1935, 2, 57);

2° Un *jugement de légitimation* doit être rendu par le tribunal, en audience publique, après enquête et débat en chambre du conseil (art. 331, § 6); cette décision doit constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage de ses auteurs, la possession d'état d'enfant commun.

Le tribunal civil compétent est celui du défendeur, s'il y a un contradicteur, ce qui sera assez rare; dans le cas contraire, la compétence est déterminée par le domicile du requérant.

Il est à noter que l'initiative de la procédure peut être prise par l'enfant lui-même, ou par sa postérité— et même après le décès des parents : à cet égard, la légitimation *post nuptias* comporte un statut plus libéral que la légitimation par mariage subséquent.

1281. Publicité. — Le dispositif du jugement doit être reproduit sur les deux exemplaires des registres de naissance de l'année courante (Circul. Garde des Sceaux, *J. Off.*, 13 janv. 1916) ; une *mention* de la légitimité doit être effectuée en marge de l'acte de naissance de l'enfant (art. 331, avant-dernier alinéa).

1282. Conditions non exigées. — La loi ne se préoccupe pas du moment auquel est prise l'initiative de la légitimation *post nuptias*; peu importe qu'un long espace de temps se soit écoulé depuis le mariage des parents, ou même que ce mariage soit dissous; en effet, aucun délai n'est imparti aux intéressés pour agir. De plus, il va sans dire que l'antériorité ou la concomitance de la reconnaissance par rapport au mariage, ne sont nullement exigées.

Section II. — LÉGITIMATION DES ENFANTS ADULTÉRINS OU INCESTUEUX

1283. Code civil. — L'art. 331, dans sa rédaction primitive, excluait formellement du bénéfice de la légitimation tant les enfants incestueux que les enfants adultérins; exclusion logique, commandée par celle de toute affirmation légale d'une filiation coupable (art. 335 et 342) : un enfant qui ne peut être reconnu, volontairement ni judiciairement, ne saurait être légitimé.

1284. Jurisprudence. — Mais il advint que la jurisprudence fit fléchir cette règle rigoureuse en tant qu'elle concernait les enfants incestueux : elle admit que l'enfant né de parents entre lesquels le mariage, prohibé en principe, devient possible moyennant des dispenses, se trouve légitimé lorsque ses auteurs se marient après avoir obtenu lesdites dispenses. Au contraire, pour les enfants adultérins, la légitimation demeurait impossible; en ce qui la concerne, il fallut l'intervention du législateur pour tempérer la rigueur du Code civil; elle se manifesta par les lois du 7 nov. 1907, du 30 déc. 1915, du 25 avril 1924 et du 31 janvier 1928.

1285. I. Légitimation des enfants incestueux. — La loi du 7 nov. 1907 a consacré la jurisprudence qui s'était formée antérieurement et que nous venons d'indiquer; tandis que l'article 331, § 1, ancienne rédaction, exceptait du bénéfice de la légitimation les enfants « *nés d'un commerce incestueux ou adultérin* », le texte actuel n'exclut que ceux qui appartiennent à la deuxième catégorie. La conclusion

ne fait aucun doute : les enfants incestueux peuvent être légitimés.

1286. II. **Légitimation des enfants adultérins.** — D'après la législation actuelle, telle qu'elle résulte des lois de 1907, de 1915, de 1924 et de 1928, les enfants adultérins demeurent, *en principe*, insusceptibles de légitimation; leur situation s'oppose donc nettement à celle des enfants incestueux; toutefois, la rigueur de la loi fléchit dans un certain nombre de cas, limitativement énumérés.

1° *Enfants désavoués par le mari ou par ses héritiers.* — Si le mari décède ou si le divorce met fin au mariage, la mère peut légitimer son enfant en épousant le père véritable (art. 331-1°);

2° *Enfant conçu pendant une période de séparation légale.* — Cette éventualité est régie par l'article 331-2°, dans des termes qui détiennent le record de la confusion et de l'obscurité et qui sont un bel exemple de la littérature législative contemporaine.

Ce texte, qui a été établi par la loi du 7 novembre 1907, puis retouché par celle du 30 décembre 1915, vise les relations adultères qu'un conjoint a pu entretenir avec une tierce personne au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce. L'enfant, né plus de 300 jours après l'ordonnance autorisant la femme à avoir une résidence séparée, peut être légitimé par le mariage subséquent de son auteur avec son complice, et cela, non seulement si la procédure aboutit à un jugement de séparation ou de divorce, mais encore si elle a été interrrompue par l'effet d'un désistement ou d'une réconciliation, ou encore si la demande a été rejetée par le tribunal, pourvu cependant que, dans cette seconde série d'éventualités, la conception se place antérieurement au désistement, à la réconciliation ou au rejet de la demande.

1287. — La légitimation ainsi intervenue appelle les observations suivantes :

a) Elle a pour résultat d'évincer la présomption *pater is est...* en ce qui concerne le mari de la mère; l'enfant cesse d'être couvert par la présomption de paternité de celui-ci, en sorte qu'il n'y a même plus place pour un désaveu (art. 313, § 2, phrase ajoutée par la loi du 30 décembre 1925; voy. *sup.*, n° 1041); il fallait, en effet, choisir entre le nouveau mari et l'ancien; c'est le nouveau qui l'emporte;

b) Il est pourtant un cas où le mari trompé revendiquera avec succès l'enfant comme sien : c'est celui où la présomp-

tion de paternité qui milite pour lui se trouve corroborée par la possession d'état d'enfant légitime dont bénéficie ledit enfant. En ce cas, reconnaissance et légitimation seront impossibles; si elles ont eu lieu, elles pourront être annulées (art. 331-2° *in fine*);

c) Lorsque l'enfant adultérin, conçu pendant la période de séparation légale, a été légitimé grâce au remariage de la mère avec le père (*sup.*, n^os^ 1041 et 1047), il peut y avoir lieu de *rectifier* l'acte de naissance qui indiquait sans doute comme père le premier mari et qui ne cadre donc plus avec la situation nouvelle. Depuis une loi du 19 février 1933, qui a complété à cet effet l'article 313, § 2, cette rectification a lieu très simplement, en conformité des dispositions de l'article 99 du Code civil et de l'article 855 du Code de procédure, sur simple requête adressée au président du tribunal, sans qu'il y ait besoin de saisir le tribunal lui-même et d'obtenir de lui un jugement rendu après débats contradictoires, comme il devrait être fait s'il s'agissait d'une véritable question d'état.

1288. — 3° *Enfants adultérins* a patre.

Les enfants issus du commerce adultérin du mari peuvent toujours être légitimés, pourvu qu' « *il n'existe pas d'enfants ou de descendants légitimes issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin a été conçu* » (art. 331-3°). Cette réserve, qui est d'ordre public (Civ., 31 mars 1930, *S.*, 1931, 1, 9, note Niboyet, et 177, note Gény), s'explique : le législateur n'a pas voulu que le même individu pût avoir simultanément des enfants légitimes de plusieurs mères différentes : quelle que fût sa tolérance pour les relations adultères, cette consécration légale de la polygamie ne lui a pas paru réalisable.

1289. Disposition transitoire. — Une disposition transitoire a assuré le bénéfice de la loi du 30 décembre 1915 aux enfants adultérins dont les parents étaient mariés au moment de sa promulgation (art. 6 de cette loi); cette disposition ayant soulevé des difficultés, une loi du 31 janvier 1928 est venue l'interpréter. Nous renvoyons purement et simplement à ce dernier texte.

1290. III. **Règles communes aux enfants incestueux et aux enfants adultérins :**

1° La reconnaissance de l'enfant adultérin doit avoir lieu *au moment de la célébration du mariage*, et jamais par anticipation (art. 331, § 2). En effet, la règle prohibitive de la

reconnaissance des enfants adultérins reste debout, telle qu'elle est inscrite dans l'article 335; cette reconnaissance ne peut valoir qu'autant qu'elle intervient *à fin de légitimation*; effectuée antérieurement, elle serait nulle et resterait telle malgré la célébration subséquente du mariage (Aix, 8 mars 1932, *D. H.*, 1932, 323; Paris, 5 déc. 1932, *S.*, 1933, *Chr. hebd.*, n° 7; trib. civ. Seine, 24 mai 1933, *D. H.*, 1933, 2, 57, note LALOU).

Bien que le principe de la concomitance ne soit posé que pour la légitimation des enfants adultérins, il nous paraît certain qu'il est valable, les raisons de décider étant les mêmes, pour la légitimation des enfants incestueux;

2° Le *mariage putatif* emporte légitimation d'un enfant adultérin ou incestueux, mais, sauf controverse, et seulement dans le cas où la loi permet cette légitimation par mariage subséquent (V. *sup.*, n° 865);

3° La légitimation des enfants adultérins peut être effectuée, non seulement par mariage subséquent, mais aussi *post nuptias* et en vertu d'un jugement; l'article 331 a été remanié, afin de permettre cette solution, par la loi du 25 avril 1924; depuis ce remaniement, le sixième alinéa, qui prévoit cette forme de légitimation, est conçu, dans les termes les plus généraux : « *Lorsqu'un des enfants visés au présent article aura été reconnu...* »

Nous pensons qu'à ce point de vue encore les enfants incestueux doivent être traités comme les enfants adultérins, aucune raison ne pouvant être donnée à l'appui d'un traitement qui leur serait plus défavorable;

4° Il semble bien que, de toute façon, la légitimation d'un enfant adultérin ou incestueux implique absolument, de la part des parents, une reconnaissance volontaire, précisément parce que cette reconnaissance ne peut intervenir qu'à l'occasion et en vue d'une légitimation; d'ailleurs, la loi exige, pour les enfants adultérins, que leur reconnaissance ait lieu lors de la célébration du mariage des parents (art. 331, § 2, nouv. réd.).

1290*bis*. Appréciation critique. — Toute ou presque toute cette législation sur la légitimation des enfants adultérins est indéfendable : le fond ne vaut pas mieux que la forme. Sans doute, il est dur de faire supporter à des enfants la faute de leurs parents; mais il aurait fallu se souvenir que l'adultère est un délit et ne saurait donc être la source de droits, de bénéfices pour celui ou pour ceux qui l'ont commis; il convient aussi de réfléchir qu'en passant l'éponge sur le passé et en légitimant l'illégitime, on sape

l'institution du mariage sur laquelle repose notre société; la maxime des thélémites « fais ce que vouldras » est la négation même de toute règle sociale; il faudrait choisir entre le nihilisme et la réglementation, et il semble que, pour le législateur, dont la fonction est de réglementer, l'hésitation ne devrait pas être permise. Par ailleurs, cette législation, qui tend à concilier l'inconciliable, est fertile en complications et en contradictions qui relèvent du vaudeville plus que du droit.

En bonne justice, c'est uniquement aux enfants incestueux que la légitimation devrait être secourable, et dans la seule éventualité où le mariage de leurs parents aurait pu être régulièrement célébré avec des dispenses.

Section III. — EFFETS ET CONTESTATION DE LA LÉGITIMATION

1291. Principe. — L'enfant légitimé occupe la même position juridique que s'il était né du mariage (art. 333, § 1).

1292. Applications. — Il est donc désormais soumis à la *puissance paternelle* de son père; la *tutelle* à laquelle il était obligatoirement soumis en tant qu'enfant naturel, fait place à l'*administration légale*; il prend le *nom* de son père dont il acquiert la *nationalité* s'il ne l'avait déjà (L. 10 août 1927, art. 1er-4°, § 3).

1293. Epoque à laquelle se produit l'assimilation. — La légitimation opère *sans rétroactivité*; pour le passé, il est acquis que l'enfant était naturel; en conséquence, il ne saurait prétendre aux successions qui se sont ouvertes, dans la famille de ses auteurs, antérieurement à leur mariage, donc à une époque où il était encore juridiquement étranger aux parents de ses père et mère (v. une autre conséquence de la non-rétroactivité de la légitimation, *inf.* t. III, n° 1596). C'est en cela que réside toute l'infériorité de l'enfant légitimé par rapport à l'enfant légitime : tandis que ce dernier a toujours eu cette qualité, l'existence du premier comporte deux phases distinctes : avant et après la légitimation. De là l'intérêt de savoir si un enfant rentre dans l'une ou dans l'autre de ces catégories (*Sup.*, n° 1039).

1294. Légitimation *post nuptias*. — La détermination du moment où se produisent les effets de la légitimation présente des difficultés lorsqu'elle a eu lieu après coup, *post*

nuptias. Certainement, cette sorte de légitimation ne rétroagit pas davantage que la légitimation par mariage subséquent; elle se contente d'agir; mais à partir de quel moment au juste? Trois époques sont à considérer : celle du mariage, celle de la *reconnaissance*, celle du *jugement*; la première est à écarter, car, aux termes de l'art. 331, § 6, lorsqu'un enfant est ainsi reconnu *post nuptias*, « *cette reconnaissance n'emportera légitimation qu'en vertu d'un jugement rendu en audience publique* »; c'est donc à la reconnaissance, non au mariage, que la loi rattache la légitimation en pareil cas. Ceci admis, il reste à choisir entre le moment de la reconnaissance et celui du jugement; le choix est difficile; d'une part, le texte est plutôt favorable au rattachement des effets de la légitimation à la reconnaissance elle-même (art. précité; *Sic*, trib. civ. Rouen, 29 juin 1932, *D. H.* 1932, 552; Rouast, dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert, t. II, n° 956); d'autre part, c'est le jugement qui réalise la légitimation après vérification des circonstances de la cause et il est douteux que les effets s'en dégagent par anticipation, car, loin d'être déclaratif, il crée une situation juridique nouvelle. La question ne présente d'ailleurs pas grand intérêt pratique, la reconnaissance ne précédant ordinairement que de très peu le jugement (Cons. Ed. Lévy, *La date et les effets de la légitimation « post nuptias »*, *J. des Notaires*, 1927, p. 296).

La légitimation des enfants incestueux ou adultérins produit les mêmes *effets* que celle des enfants naturels simples.

1295. Contestation de la légitimation. — La légitimation peut être contestée, non pas directement, mais obliquement, au moyen d'une attaque dirigée contre le mariage ou contre les reconnaissances.

1° *Contre le mariage des parents* : il est évident que si ce mariage est déclaré nul, il ne peut plus être question de légitimation, car il constituait la base même de l'opération, sauf cependant application des règles relatives aux mariages putatifs (*Sup.* n° 865);

2° Contre *les reconnaissances*, ou contre l'une d'elles; il suffit que l'une d'elles tombe pour que l'enfant perde le bénéfice de la légitimité et pour qu'il soit rattaché, en tant qu'enfant naturel, à celui de ses auteurs dont la reconnaissance subsiste.

Les conditions auxquelles une reconnaissance peut être contestée ont été exposées (*sup.* n° 1199). Il faut seulement ajouter :

a) Que la contestation n'est plus possible si la filiation de

l'enfant a été établie par un jugement qui ne comporte plus de voie de recours;

b) Mais à l'inverse, la contestation demeure possible encore que la légitimation elle-même résulte d'un jugement rendu *post nuptias*; car ce n'est pas contre la décision judiciaire, mais contre le mariage ou la reconnaissance que l'action est dirigée; et, d'autre part, le tribunal n'a pas eu à vérifier la validité du mariage des parents ni celle de la reconnaissance de l'enfant; son rôle s'est borné à rechercher si l'enfant avait bien la possession d'état requise par l'article 331, § 6.

TITRE III

DE LA FAMILLE ADOPTIVE

1296. Sources. — C. civ., livre I, titre VIII, art. 345 à 370, modifiés par la loi du 19 juin 1923 qui a changé le numérotage des textes contenus dans ce titre.

Bibliographie. — Rouast, commentaire de la loi de 1923, *D. P.* 1923, 4, 257; Verdenal, thèse, 1923; discussions à la *Société d'études législatives*, Bulletins de 1920 et de 1921.

1297. Définitions. — La famille *légitime* puise sa source à la fois dans une convention (le mariage) et dans la communauté du sang; la famille *naturelle* dérive exclusivement de la communauté d'origine; quant à la famille *adoptive*, elle a une base purement contractuelle, étant créée de toutes pièces par le *contrat d'adoption*.

L'adoption est, en effet, un contrat qui crée entre deux personnes des rapports purement civils de paternité ou de maternité et de filiation.

1298. Historique; rôles de l'adoption. — Au cours des siècles et des civilisations, l'adoption, comprise au sens large du mot, a joué des rôles très différents : à *Rome*, elle assurait anciennement, avec la perpétuité de la famille, la continuité du culte des ancêtres; sous l'Empire, elle réalisait la transmission des honneurs et des charges et jusqu'à celle de la dignité impériale. Peu pratiquée dans notre *ancienne France*, elle fut retrouvée et remise en lumière par le *droit révolutionnaire*. On vit même alors apparaître l'*adoption publique*, l'*adoption par la Nation*; c'est ainsi que la Convention déclara adopter la fille de Lepelletier de Saint-Fargeau.

Lors de la préparation du *Code civil*, la commission de rédaction n'avait pas maintenu l'adoption dans son projet de l'an VIII; mais la section de législation du Conseil d'Etat obtint que cette lacune fût comblée, et, au cours des travaux préparatoires, le Premier Consul manifesta l'intérêt qu'il prenait à cette institution. Malgré son intervention énergi-

que, l'adoption fut comprise sous une forme tellement étriquée et soumise à des conditions si draconiennes qu'elle fut bien rarement utilisée au cours du XIX^e^ siècle, la moyenne annuelle variant alors de 50 à 300 contrats.

La *guerre mondiale* devait déterminer un élargissement de cette institution que la loi du 19 juin 1923 a assise sur de plus larges bases : le besoin se fit sentir, pour les orphelins de la guerre, de trouver un protecteur et un foyer; pour les parents dont les fils étaient morts pour la France, de reporter leur affection sur d'autres enfants; c'est pour donner satisfaction à ce double courant affectif que le législateur de 1923, reproduisant à peu près textuellement un projet élaboré par la Société d'études législatives, a modifié les art. 343 à 370 C. civ. dans un sens nettement libéral; les conditions de l'adoption sont, depuis cette époque, singulièrement moins rigoureuses qu'elles ne l'étaient dans le système du Code civil, et c'est pourquoi le nombre des adoptions s'est accru très sensiblement [1]; pourquoi aussi le législateur de 1923 a pu supprimer l'adoption dite *rémunératoire*, qui, intervenant à la suite d'un sauvetage de l'adoptant par l'adopté, bénéficiait de certaines facilités et exemptions qui sont devenues désormais, ou à peu près, le droit commun.

1299. Pupilles de la Nation. — Antérieurement, une loi du 27 juillet 1917 organisait l'adoption des orphelins de la guerre par la Nation, sous le nom de *pupilles de la Nation*. En réalité, il ne s'agit pas là d'une adoption véritable, dans le sens consacré du mot, mais d'une institution d'assistance, morale et matérielle, ainsi que d'un hommage rendu à la mémoire de ceux qui sont morts pour la France; cette organisation intéresse le droit civil surtout par la tutelle spéciale qu'elle institue, et c'est à cette occasion que nous l'avons précédemment rencontrée (*Sup.* n^os^ 379 et 399).

1300. Plan. — Les questions que soulève l'adoption sont les suivantes :

1° *Qui peut adopter*;
2° *Qui peut être adopté*;
3° *Conditions*;
4° *Effets*;
5° *Nullité* et *révocation* de l'adoption.

[1] Au cours de l'année 1924, le nombre des adoptions, qui se situait jadis annuellement entre 50 et 300, a atteint 1675; pour l'année 1925, il s'est infléchi à 1361, pour se relever, en 1928 à 1555, en 1929 à 1548 et en 1933 à 2234 (*Compte d'administration de la Justice civile...* pour l'année 1933, p. 31).

1301. I. Qui peut adopter. Conditions requises. — Les conditions suivantes sont requises chez l'*adoptant* :

1° Il doit avoir *quarante ans* révolus (au lieu de cinquante ans d'après le Code civil), art. 344;

2° Il doit avoir au moins *quinze ans* de plus que l'adopté (même texte);

3° Il faut qu'il n'ait, au jour de l'adoption, aucun enfant ni descendant *légitime* (même texte), né ou conçu. La présence d'un enfant *naturel*, même reconnu, ne ferait pas obstacle à l'adoption.

Conditions non exigées. — La loi n'exige ni condition de *sexe*, ni condition de *nationalité* : l'adoption est ouverte aux *femmes* comme aux hommes (art. 344), aux *étrangers* comme aux Français (art. 345).

Adoption par deux époux. — Elle est prévue et autorisée par l'art. 346, d'après lequel « *nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux* »; en 1929, 475 conjoints ont ainsi joué le rôle d'adoptants, et 529 en 1933.

1302. II. Qui peut être adopté; statistique. — Ici, la loi se montre tout particulièrement libérale; on n'y trouve d'autre restriction que celle déjà annoncée : l'adopté doit être, pour le moins, de quinze ans plus jeune que l'adoptant.

Les *femmes* peuvent être adoptées comme les hommes, les *étrangers* comme les Français, les *mineurs* comme les majeurs (ce qui est une innovation de la loi de 1923; art. 348 et suiv.); les *parents* comme les non-parents. Un oncle peut adopter son neveu ou sa nièce; un tuteur son pupille (Trib. civ. Versailles, 16 oct. 1923, *D. P.* 1924, 2, 161, note Rouast). Il y a eu jadis des difficultés pour la *parenté naturelle* : on a nié qu'un père ou qu'une mère pussent adopter leur enfant naturel, *à supposer que la filiation fût officiellement établie*. La question a paru suffisamment délicate pour que la Cour de cassation changeât deux fois d'avis; après s'être prononcée pour l'affirmative (Civ. 28 avril 1841, *D. P.* 1841, 1, 136), puis pour la négative (Civ. 16 mars 1843, *D. P.* 1843, 1, 97), elle en revint à son opinion première (Civ. 1er avril 1846, *S.* 1846, 1, 273, *D. P.* 1846, 1, 81) et s'y tint résolument (Req. 13 juin 1882, *D. P.* 1882, 1, 308, *S.* 1884, 1, 211). La loi de 1923 n'a pas tranché directement la question; il semble cependant qu'elle ait confirmé la jurisprudence en prévoyant dans l'article 351 le cas où l'adoptant et l'adopté auraient le même nom patronymique et celui où l'adopté serait un enfant naturel non reconnu (*Sup.* n° 210). La seule objection — et elle est grave — est tirée de ce qu'une telle adoption permet aux parents d'éluder les restrictions appor-

tées par la loi à la capacité des enfants naturels, et cela sans passer par la légitimation; mais il faudrait être bien sévère pour reconnaître à une combinaison de ce genre un caractère vraiment frauduleux et pour faire intervenir la maxime « *fraus omnia corrumpit* »; la jurisprudence a été bien inspirée en consacrant la solution libérale et cette opinion trouve, en somme, un nouveau point d'appui dans la faveur avec laquelle le législateur de 1923 a envisagé l'adoption qui a perdu le caractère anormal dont le Code civil l'avait revêtue.

Pour l'année 1924, sur 1.675 adoptions, 745 sont intervenues entre parents, légitimes ou naturels (*Compte d'administration de la justice civile*); pour l'année 1928, sur 1.555 adoptions, 22 concernent des enfants naturels reconnus; 40 des enfants naturels non reconnus; 127 des beaux-fils ou des belles-filles; 336 des neveux ou des nièces; 29 d'autres parents ou alliés, et 981 des étrangers; en 1933, pour 2.234 adoptions, les chiffres sont respectivement de 74, 71, 125, 306, 177, 402.

1303. III. **Conditions requises.** — Elles ont trait aux *fond* et à la *forme*.

A. *Conditions de fond.* — Outre la *différence d'âge* requise par la loi (*Sup.* n° 1301), certaines conditions de fond sont exigées.

1° Si l'*adoptant* est marié, l'adoption suppose le *consentement de son conjoint*, de même qu'à l'inverse une personne mariée ne peut se *faire adopter* qu'avec *le consentement de son époux ou de son épouse* — ceci à moins que le ménage ne soit *séparé de corps* ou que le conjoint soit dans l'*impossibilité de manifester sa volonté*; dans ces derniers cas, le consentement de l'adoptant ou de l'adopté sera suffisant (art. 347).

2° Si l'adopté est *mineur*, au-dessus de 16 ans il doit donner son consentement personnel; au-dessous de cet âge, ce consentement est remplacé par celui de son *représentant légal* (art. 360, § 2), lequel n'est pas nécessairement le détenteur de la puissance paternelle : si la mère a refusé la tutelle, il appartiendra au tuteur de représenter en la circonstance le mineur.

Mais, de plus, et du moment que l'adopté est mineur, la loi exige *le consentement du père et de la mère* (art. 348); il y a ceci de particulier que le consentement des deux parents est absolument exigé, celui de la mère comme celui du père, tandis que, pour le mariage de l'enfant, le partage emporte consentement (*Sup.* n° 729). Si l'un des parents est décédé ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté,

le consentement de l'autre est suffisant (même texte). Si les père et mère sont *divorcés* ou *séparés de corps*, on se contente du consentement de celui qui : 1. a obtenu en sa faveur le divorce ou la séparation; 2. a reçu la garde de l'enfant (art. 348, § 2). Si l'enfant a été confié à l'époux coupable, il semble que le consentement des deux parents soit indispensable.

Si l'enfant n'a ni père ni mère en état de consentir, l'autorisation doit être donnée par le *conseil de famille* (art. 350); il faut décider de même au cas de déchéance de la puissance paternelle. Les *ascendants* n'interviennent jamais à ce titre, et c'est une nouvelle différence entre l'habilitation requise pour l'adoption et celle qui est aménagée en vue du mariage (*Sup.* n° 730).

Enfants naturels. — L'autorisation des père et mère est exigée comme pour les enfants légitimes (arg. art. 350, § 2); si la filiation de l'enfant n'a pas été légalement établie, le consentement est donné par le conseil de famille, c'est-à-dire par le tribunal qui en fait fonction (art. 350, § 2).

Pupilles de l'assistance publique. — L'autorisation est donnée par le conseil de famille spécial que prévoit la loi du 27 juin 1904 (art. 13 modif. par l. 23 juill. 1925).

Majeurs. — Du moment que le candidat à l'adoption a atteint sa majorité, il n'a plus besoin d'aucune autorisation.

1304. — 3° *Justes motifs.* Dans tous les cas, l'adoption n'est possible que « *s'il y a de justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté* » (art. 343). Il y a là, en réalité, deux conditions distinctes dont le tribunal est juge souverain. L'adoption est un de ces actes qui ne peuvent intervenir que pour des motifs légitimes et qui doivent donc être régulièrement *causés*, par exemple par le désir de transmettre à l'adopté le nom patronymique de l'adoptant (Civ. 14 juin 1932, *D. P.* 1932, 1, 173, note Lalou); le législateur se préoccupe des *mobiles* des parties, tout particulièrement de ceux qui font agir l'adoptant; il veut éviter que l'institution serve à des fins irrégulières, qu'elle soit détournée de sa fonction et de sa finalité, qu'il en soit fait *abus*; et, par exemple, s'il était prouvé que l'adoptant a pour objectif unique d'éluder la régularisation de son union libre avec la mère de l'enfant, nous pensons que le tribunal pourrait refuser l'homologation de l'adoption en se basant sur l'absence de justes motifs; d'autre part, le fisc avait émis la prétention de faire annuler des adoptions en alléguant qu'elles avaient été déterminées par des préoccupations d'ordre fiscal, en vue d'éluder partiellement les droits d'enregistrement que

l'adopté aura à acquitter par la suite, lorsqu'il recueillera la succession de l'adoptant. Cette thèse avait été repoussée par le tribunal civ. de l'Indre (22 nov. 1927, *D. P.* 1928, 2, 1, note Lalou), puis par la Cour de cassation (arrêt précité du 14 juin 1932), et par la plupart des auteurs (Ripert, *La règle morale*, n° 176; Lalou, note précitée; Josserand, *Les mobiles*, n° 187; Desbois, *La notion de fraude à la loi*); elle a perdu beaucoup de son intérêt depuis que la loi budgétaire du 16 avril 1930, art. 22, est venue décider que les droits de mutation exigibles sur les transmissions à titre gratuit entre l'adoptant et l'adopté sont, en principe, liquidés et perçus sans tenir compte des liens de parenté résultant de l'adoption.

1305. B. *Conditions de forme.* — Elles ont trait à la *formation* du contrat, à son *homologation*, à sa *publicité*.

1° *Formation, réception du contrat.* — L'adoption est un contrat *solennel* qui doit être passé dans la *forme authentique*; il est reçu, au choix des parties, soit par le *juge de paix* du domicile de l'adoptant, soit par un *notaire* (art. 360, § 1).

L'*adoption testamentaire*, consacrée par le Code civil, a été supprimée par la loi de 1923, et, avec elle, la *tutelle officieuse* qui en constituait le préliminaire;

2° *Homologation.* — Le tribunal civil du domicile de l'adoptant (art. 362, § 1) est saisi par une requête d'avoué à laquelle est jointe une expédition de l'acte d'adoption; il délibère en Chambre du conseil, le ministère public entendu; il vérifie : 1. Si toutes les conditions requises par la loi sont remplies; 2. S'il y a de justes motifs de l'adoption et si l'opération présente des avantages pour l'adopté (art. 363). Toute cette procédure est *gracieuse*; il n'y a pas de litige à trancher.

Après avoir entendu le procureur de la République, et *sans aucune forme de procédure*, le tribunal prononce, *sans énoncer de motifs*, qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu à l'adoption (art. 364, § 1). Le jugement est rendu en audience publique.

Voies de recours. — a) *Appel.* — Si le tribunal a refusé l'homologation, chacune des parties peut, dans les *deux mois* qui suivent la décision [1], la déférer à la cour d'appel qui instruit et juge comme le tribunal lui-même (art. 365, § 1); si l'homologation a été accordée, le droit de faire appel n'appartient qu'au ministère public (art. 365, § 2).

[1] Ce délai de deux mois revêt un caractère exceptionnel depuis que le délai pour former appel a été ramené à un mois (C. pr., art. 443, mod. par le décret-loi du 30 octobre 1935, *modifiant divers articles du Code de procédure civile*, mais sans viser l'art. 365, C. civ., dont la disposition semble devoir rester intégralement en vigueur).

b) *Pourvoi en cassation.* — Le pourvoi n'est admis que contre les arrêts rejetant la demande d'homologation, et seulement pour *vice de forme* (art. 365, § 4).

La *tierce opposition* est irrecevable, la décision étant un acte de juridiction gracieuse (trib. civ. Châteauroux, 1er mars 1926, trib. civ. de l'Indre, 22 nov. 1927, *D. P.* 1928, 2, 1, note LALOU).

1306. — 3° *Publicité.*

a) Le jugement d'homologation est rendu en *audience publique* (art. 366);

b) Il est *affiché* à la principale porte de l'auditoire du tribunal ou de la cour (même texte);

c) Il est *inséré* dans un *journal d'annonces légales* publié au lieu du domicile de l'adoptant (même texte);

d) Le jugement d'homologation doit être *transcrit* sur les registres de l'état civil du lieu de la naissance de l'adopté; si celui-ci est né à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de la mairie du premier arrondissement de Paris (art. 367, § 1). L'avoué qui a obtenu la décision doit prendre l'initiative de la réquisition à fin de transcription *dans les trois mois*, à peine d'une amende de cent francs et sans préjudice de tous dommages-intérêts (art. 367, § 3); ce délai court du jour du jugement (Trib. civ. Lyon, 26 oct. 1933, Le *Quotidien juridique*, 21 fév. 1934); à défaut de l'avoué, toute partie intéressée pourrait requérir la transcription (art. 367, § 1). Celle-ci est opérée séance tenante (art. 367, § 2);

e) Il est fait *mention* de l'adoption en marge de l'acte de naissance de l'adopté (art. 367, § 4).

Sanction. — Ces différentes formalités sont justifiées par la nature et la gravité de l'adoption qui influe au premier chef sur l'*état* de l'adopté; il est donc nécessaire que les registres de l'état civil en portent la trace. Toutefois, la transcription n'est pas requise pour la validité de l'adoption, mais seulement pour son opposabilité aux tiers; l'art. 368, § 2, décide formellement que l'adoption n'est opposable aux tiers qu'à partir de la transcription du jugement ou de l'arrêt d'homologation.

1306*bis*. Adoption posthume. — L'adoption est dite *posthume* lorsque l'adoptant décède préalablement à l'achèvement de toutes les formalités requises, mais après introduction de la requête à fin d'homologation. L'instruction suit alors son cours et l'adoption est admise s'il y a lieu (art. 369). Au contraire, le décès de l'adoptant survenu anté-

rieurement à la demande d'homologation ferait tomber la procédure et rendrait ainsi l'adoption désormais impossible (*Sic*, Req. 17 juillet 1934, *S.* 1934, 1, 384, *D. H.* 1934, 506).

Sur la date à laquelle se réalisent les effets de l'adoption posthume, v. *inf.* n° 1309.

1307. IV. **Effets de l'adoption. Idée générale.** — L'adoption ne crée de lien qu'entre l'adopté et sa descendance légitime d'une part, et l'adoptant d'autre part; *elle ne fait pas entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant*, en sorte que la famille adoptive est réduite à sa plus simple expression, ne comprenant que les deux parties contractantes et la descendance légitime de l'adopté. L'article 357 consacre une application de ce principe général en décidant que « *l'adopté et ses descendants légitimes n'acquièrent aucun droit de sucession sur les biens des parents de l'adoptant.* »

1308. Rapports juridiques de l'adoptant avec l'adopté. — Ces rapports se définissent par les règles suivantes :

1° « *L'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits* » (art. 352), notamment ses droits de *succession*;

2° Cependant, il passe sous la *puissance paternelle* de l'adoptant (même texte), et la loi en conclut que c'est celui-ci qui est qualifié pour consentir à son mariage (*ibid.*).

L'adopté a donc désormais deux familles, et de là des complications et des difficultés; on se demande dans quelle mesure il passe sous la puissance paternelle de l'adoptant, les uns se prononçant pour un transfert général, portant sur tous les attributs de la puissance (*Sic.* Savatier, n° 315), alors que d'autres sont partisans d'un transfert partiel, limité aux attributs dont il est question au titre de la puissance paternelle (droits de garde et de surveillance, droit de correction, droit de jouissance légale), à l'exclusion du droit d'administration légale et du droit de procéder à l'émancipation de l'enfant (*Sic.*, Rouast, n° 1043; *D. P.* 1923, 4, 257 et 1924, 2, 161). Nous croyons que la première opinion est la seule exacte : elle cadre avec la teneur de l'art. 352, d'après lequel *l'adoptant est seul investi des droits de la puissance paternelle*, et elle offre cet avantage d'assurer l'unité dans la direction de la personne et des biens de l'enfant : une dyarchie n'est aucunement souhaitable et ne pourrait que donner de mauvais résultats (V., sur cette question, *Rev. trim.*, 1928, p. 649, chronique de jurisprudence de M. Eug. Gaudemet).

Déchéance de la puissance paternelle. — Les lois du 24 juillet 1889 et du 15 novembre 1921, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés* sont applicables à la puissance paternelle issue de l'adoption : l'adoptant peut être déchu totalement ou partiellement de cette puissance (art. 370, § 5) : les droits qui lui sont ainsi enlevés font retour *ipso jure* aux parents de l'enfant, s'ils sont encore vivants;

3° L'adopté et ses descendants légitimes ont, sur la *succession* de l'adoptant les mêmes droits que s'ils étaient des enfants ou descendants issus du mariage (art. 357); mais cette vocation existe sans réciprocité : l'adoptant ne recueille pas la succession laissée par l'adopté prédécédé dont les biens vont à sa famille légitime (art. 358); cependant, le même texte confère à l'adoptant un *droit de retour* sur les biens par lui donnés et qui se retrouvent en nature dans la succession (*Inf.*, t. III).

Il est à noter que, pour la détermination des *droits de mutation* dus par l'adopté, il est fait abstraction du lien de parenté résultant de l'adoption, en principe du moins (L. 16 avril 1930, art. 22; *inf.* t. III, n° 789).

4° L'*obligation alimentaire* existe entre l'adopté et l'adoptant, avec réciprocité, mais uniquement entre eux; il ne semble pas qu'elle soit établie entre l'adoptant et les descendants légitimes de l'adopté, ce qui est illogique puisqu'un rapport de parenté existe entre ces personnes (*Sup.* n° 1307); mais l'art. 356 paraît bien commander cette solution.

Ce même texte précise que l'obligation alimentaire continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère; il ajoute que la dette de ceux-ci n'a, vis-à-vis de celle de l'adoptant, qu'un caractère *subsidiaire*.

5° L'adopté prend le nom de l'adoptant et l'ajoute au sien (art. 351, § 1, *sup.* n° 210);

6° La loi fait état de l'adoption pour la constitution d'un *bien de famille* (L. 12 juill. 1909, art. 3; *inf.* n° 1540).

7° Pour les *empêchements au mariage* qui dérivent de l'adoption, voy. *sup.* n^{os} 720 et 804.

8° Un enfant adopté a qualité pour poursuivre *l'interdiction* de ses parents adoptifs (Paris, 2 avril 1936, *D. H.* 1936, 290).

1309. Point de départ des effets de l'adoption. — L'art. 568 distingue entre les *parties* et les *tiers*.

1° Entre les *parties*, l'adoption produit ses effets à compter du *jugement* ou de l'*arrêt* d'homologation, et non pas au jour de la réception de l'acte.

Cependant, l'art. 368 énonce que « *les parties sont liées dès l'acte d'adoption* »; cette formule n'a guère de signification pratique, du moins dans le cas normal où l'adoptant est encore vivant au jour de la décision d'homologation; mais elle en acquiert une dans l'éventualité contraire : l'adoption *posthume* (*sup.* n° 1306*bis*) a une certaine vertu *rétroactive* en ce sens que les effets en sont reportés, conformément d'ailleurs à l'article 369 combiné avec l'article 357, au jour du décès, en sorte que l'adopté viendra en cette qualité à la succession du défunt et sera donc traité, pour l'application du droit successoral, comme un enfant du sang (art. 357). Cette solution demeure valable en droit fiscal, pour le calcul des droits de mutation, du moins dans la mesure où la loi du 16 avril 1930 (*sup.* n° 1308) a laissé subsister cet intérêt (*Sic*, civ. 14 juin 1932, *D. P.* 1932, 1, 173, note Lalou, *S.* 1935, 1, 271).

2° Vis-à-vis des *tiers*, les effets sont différés jusqu'au jour de la *transcription*.

La différenciation des *parties* et des *tiers* est susceptible de soulever des difficultés : les parents de l'enfant, qui sont des tiers lorsque celui-ci est majeur, vont-ils devenir parties à l'acte s'il est mineur, et à raison du consentement qu'ils doivent alors fournir? Nous serions tenté de donner au mot « *parties* » son sens le plus étroit et d'entendre par là uniquement l'adoptant et l'adopté (V. sur ce point, Rouast, *D. P.* 1923, 4, 261, col. 2 et 3).

1310. V. **Nullité et révocation de l'adoption.** — A. **Nullité.** — L'adoption, étant un contrat, est exposée aux causes de nullité du droit commun : nullité *absolue*, lorsque l'ordre public est en jeu ou lorsque les conditions de forme ont été méconnues; nullité *relative* si le consentement de l'une des parties a été vicié ou si l'autorisation exigée, de la part des parents ou du conjoint, a fait défaut (Req. 14 juin 1869, *D. P.* 1873, 1, 158; V. la note de M. Lalou, *D. P.* 1928, 2, 1). Mais l'*action paulienne* est irrecevable contre un acte intéressant l'état des personnes (Trib. civ. de l'Indre, 22 nov. 1927, *D. P.* 1928, 2, 1, même note).

1311. B. **Révocation.** — Tandis que, dans le système du Code civil, l'adoption était irrévocable, le législateur de 1923 a admis que la révocation en est possible « *lorsqu'il est justifié de motifs très graves* ». La pertinence de ces motifs, tirés notamment de l'indignité de l'enfant, ou de toutes autres circonstances rendant moralement impossible le maintien des liens créés par l'adoption, ou, tout au moins,

éminemment souhaitable leur cessation, est appréciée souverainement par les juges du fond, sans contrôle de la part de la Cour de cassation (Req., 5 mai 1937, *D. H.*, 1937, 316) ; le *tribunal* peut être saisi, à cet effet, par l'adoptant ou par l'adopté et quel que soit l'âge de celui-ci (trib. civ. Oran, 1er mai et 18 déc. 1929, *Action communale*, 1931, p. 6415; *La Loi*, 31 mai 1934) ; sa décision est, dans tous les cas, susceptible d'appel; elle doit recevoir la même *publicité* que celle qui avait homologué l'acte d'adoption; notamment, elle doit être *transcrite*, affichée et insérée dans un journal d'annonces légales; mention doit en être faite en marge de l'acte de naissance de l'adopté (art. 470, § 4, Civ., art. 367 *in fine*).

L'art. 370 qui donne ces solutions a laissé dans l'ombre un certain nombre de points; en ce qui concerne la *compétence*, on peut hésiter entre le tribunal qui avait homologué l'acte d'adoption et celui du domicile du défendeur; et c'est une question de savoir si le jugement de révocation doit être *motivé*, conformément au droit commun, ou bien si, comme le jugement d'homologation, il jouit, à cet égard, d'une exceptionnelle immunité (V. dans ce dernier sens, trib. civ. Versailles, 31 oct. 1923, *D. P.* 1924, 2, 161, note Rouast).

Déchéance. — Dans la plupart des cas, la révocation de l'adoption, qui est une mesure très grave et qui a cet inconvénient de priver l'adopté de sa vocation successorale par rapport à l'adoptant, peut être avantageusement remplacée par une déchéance, totale ou partielle, de la puissance paternelle de l'adoptant (*Sup.* n° 1308).

APPENDICE AUX DEUX PREMIÈRES PARTIES

De l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne l'état des personnes

1312. Position de la question. — On a pu constater que des décisions judiciaires interviennent fréquemment pour fixer l'état des personnes, soit qu'elles se réfèrent aux *actes de l' état civil*, ou au *nom*, ou à la détermination de la *filiation légitime*, *naturelle* ou *adoptive*, ou encore à la *nullité d'un mariage* ou à sa *dissolution* : les tribunaux de première instance sont les gardiens de l'état des personnes; la loi les a investis à cet égard d'un monopole exclusif qui s'impose même aux juridictions répressives (*sup.* nos 1029, 1067, 1225).

Les décisions de ce genre soulèvent un problème juridique important et difficile : quel en est le rayonnement? Sont-elles soumises à la règle de la *relativité*, inscrite dans l'article 1351, de telle sorte que les effets en soient limités aux parties à l'instance et aux personnes par elles représentées? Ou bien ne faut-il pas leur reconnaître une autorité absolue, une opposabilité sans limites? Le conflit surgit alors entre le *contenant* et le *contenu*, entre la *forme* de la décision qui ne semble pas devoir franchir les limites du prétoire, et la *solution* qu'elle consacre, laquelle, par sa nature, par les intérêts qu'elle met en jeu, par les attributs de la personnalité auxquels elle se rattache, semble pouvoir aspirer à l'unité et à l'universalité.

1313. Opinions en présence. — 1° Un parti dans la doctrine, se prononce pour l'effet absolu de la décision, *erga omnes*, sans distinction. Il se réclame de la tradition, représentée surtout par d'Argentré, l'auteur ou du moins le vulgarisateur de la théorie du *contradicteur légitime*, d'après laquelle le principal intéressé à la question d'état aurait qualité pour représenter à l'instance la communauté tout entière; non pas que cette conception soit acceptée *in terminis* par les auteurs modernes, car on reconnaît qu'il est impossible de préciser exactement la notion du contradicteur légitime dont l'identification se heurte à des difficultés insurmontables; mais on prétend que les résultats auxquels elle conduisait sont commandés par une idée différente : celle de l'*indivisibilité* de l'état des personnes : une même personne ne saurait avoir deux états différents, être enfant légitime aux yeux de certains et enfant naturel pour tous autres; il faut choisir; c'est tout l'un ou c'est tout l'autre, ce qui implique la mise à l'écart du principe de la relativité de la chose jugée; la décision qui fixe l'état d'une personne intéresse l'ordre public, elle doit être vraie d'une vérité absolue (*Sic*, Savatier, note *D. P.*, 1925, 1, 201).

2° Dans une autre opinion, plus conciliante, on considère bien encore que l'article 1351 est inapplicable aux jugements intervenus sur l'état des personnes, mais on en conclut seulement que l'interprète a toute liberté pour rechercher, dans chaque application, la volonté du législateur, quelle autorité il a entendu attribuer au jugement (*Sic*, de Loynes, note *D. P.*, 1891, 2, 153; Chénaux, thèse, 1895; V. une variante intéressante, dans un article de Stoeanovici et Barasch, *Chose jugée et état civil*, *Rev. trim.* 1934, p. 547).

1314. — 3° La jurisprudence, qui flottait entre ces diverses conceptions, paraît devoir être fixée dans un troisième sens, par un arrêt de la Cour de cassation qui se prononce pour l'application pure et simple de l'article 1351, du moins lorsqu'il s'agit d'un jugement purement *déclaratif* d'un état, dans l'espèce d'une décision intervenue sur une demande en recherche de la paternité naturelle (Civ. 23 avril 1925, *S.*, 1927, 1, 97, note Eug. Audinet, *D. P.*, 1925, 1, 201, note Savatier; Paris, 29 mai 1934, *D. P.*, 1934, 2, 81, note Lalou; *S.* 1935, 2, 105). La Chambre civile base son opinion : 1. sur la portée générale de l'article 1351 dont on ne saurait limiter arbitrairement le domaine d'application; 2. sur l'article 100, d'après lequel la rectification ordonnée en justice, d'un acte de l'état civil, n'est opposable qu'à ceux qui l'ont requise ou qui y ont été appelés (*sup.* n° 288); 3. enfin sur certaines dispositions, l'article 315 notamment, d'où il résulte que l'action en contestation d'état est ouverte à tous les intéressés, ce qui semble bien impliquer que la déclaration d'un état obtenue judiciairement n'est pas opposable à tous.

1315. — Nous croyons que ces arguments sont, par leur nombre et par leur convergence, d'une grande force : vainement leur oppose-t-on le principe de l'*indivisibilité* de l'état des personnes : cet état est indivisible en ce sens seulement qu'une même personne ne peut pas avoir simultanément deux états différents, et qu'elle ne saurait, en opérant une sorte de ventilation, se réclamer de certains des attributs de son état pour en répudier d'autres; mais il reste à savoir vis-à-vis de quelles personnes elle est autorisée à se prévaloir des conséquences afférentes à l'état qui lui a été attribué par une décision judiciaire; et ce problème doit être résolu à l'aide de l'article 1351, sans qu'il soit fait échec, en réalité, à la règle de l'indivisibilité (*Sic* : Demolombe, t. V, n^os^ 307 et suiv.; Aubry et Rau, et Bartin, t. IX, § 544*bis*, p. 28 et suiv.; Planiol et Ripert, t. I, n^os^ 40 et suiv.; Eug. Audinet, note précitée; Léon Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, *Rev. trim.*, 1929, p. 46 et suiv.). Nous ferions application de ces principes aux actions en recherche de la filiation, légitime ou naturelle, et aux actions en contestation d'état; les jugements auxquels elles aboutissent n'ont qu'une autorité relative.

1316. Dérogations à l'effet relatif de la chose jugée. — Il faut cependant écarter l'article 1351 et reconnaître un

effet absolu à la chose jugée en matière d'état, au moins dans une et peut-être dans deux séries d'éventualités :

1° Le jugement n'a pas seulement reconnu un état antérieur, mais il l'a modifié; il n'est pas déclaratif, mais *attributif*, *constitutif* d'état. C'est, par exemple, un jugement de *divorce*, ou un jugement qui prononce la nullité d'un mariage (*sup.*, n^os^ 855 et suiv.) ou qui consacre une légitimation effectuée *post nuptias*. De telles décisions sont vraiment instauratrices d'une situation juridique nouvelle; elles rayonnent au loin, indéfiniment, comme le ferait une émancipation ou une légitimation par mariage subséquent (L. Mazeaud, *op. cit.*, p. 51 et suiv.);

2° Il est généralement admis que les jugements, même simplement déclaratifs, ont une autorité absolue lorsqu'ils interviennent sur l'exercice d'une action réservée à une personne unique et contre une seule personne (Planiol et Ripert, t. I, n^os^ 446 et suiv.; Colin et Capitant, t. I, pp. 343 et 344). La chose jugée ne peut plus alors être remise en question, puisque l'action est désormais refusée à tous et contre tous. L'exemple le plus typique est fourni par le jugement qui est rendu sur l'action en *désaveu* formée par le mari (et non par ses héritiers; *sup.*, n° 1009), et aussi par les décisions relatives au *nom* des personnes (*sup.*, n° 222).

Cependant, la Cour de cassation a refusé de faire application de ce principe au jugement intervenu sur une *demande en recherche de la paternité naturelle*; à son avis, et bien que l'action soit alors monopolisée par l'enfant ou par sa mère, ce jugement n'a qu'une autorité relative (Civ., 23 avril 1925; sup., n° 1232).

TROISIÈME PARTIE

LES BIENS (choses et droits) ENVISAGÉS ISOLÉMENT, ut singuli[1]

1317. Définitions. — Les *biens*, au sens juridique du mot, sont *tous les éléments actifs du patrimoine*, tel que nous l'avons précédemment défini (*sup.*, n[os] 646 et suiv.), à l'exclusion des valeurs extra-patrimoniales; la santé, la considération, la réputation, l'honneur ne sont pas des biens au sens technique du mot, pas plus que le droit, pour un auteur, de demeurer maître de sa pensée : dépourvus de valeur économique *intrinsèque*, réfractaires à une cotation même approximative, n'ayant pas cours sur le marché, ces dons précieux, ces *droits de la personnalité* ne font pas, par eux-mêmes, figure juridique; sur ce point, comme sur tant d'autres, *le juridique est fonction de l'économique*. Sans doute, les atteintes qui sont portées injustement à ces attributs de la personnalité, à ces *droits physiques ou moraux*, comportent, à l'occasion, des sanctions d'ordre juridique, notamment une condamnation à des dommages-intérêts; mais il n'en reste pas moins vrai que ces dons, *envisagés en eux-mêmes*, au repos, à l'état statique, sont extra-patrimoniaux; ils ne ressortissent ni au droit de la famille ni au droit des biens.

Les *biens véritables* dans l'acceptation juridique de cette expression, c'est-à-dire les *valeurs économiques*, sont, ou des *objets matériels*, tombant généralement sous les sens — une table, un vêtement, une maison, un domaine — ou des *droits*, ordinairement établis sur lesdits objets : on distingue ainsi et on oppose les *choses*, supports des droits, et les *droits* qui reposent sur elles.

[1] Voy. dans le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT, t. III, les *Biens*, par Maurice PICARD.

1318. Evolution. — Au cours des siècles, mais surtout depuis une centaine d'années, le nombre des biens s'est accru prodigieusement avec les progrès réalisés par la science et par le droit : le monde des choses comme le monde des idées, donc des institutions, ont acquis un domaine immense, jusque-là inexploré; les chemins de fer, la télégraphie, avec et sans fil, l'utilisation de la houille blanche, l'électricité sous toutes ses formes, la radiodiffusion, l'automobilisme et l'aviation, les œuvres de l'esprit, sont l'occasion de rapports juridiques de plus en plus nombreux et complexes; les propriétés incorporelles menacent d'égaler en importance les antiques propriétés corporelles, les *dominia* du droit romain : les instruments de paiement se font plus nombreux et plus mobiles; bon gré, mal gré, le droit, science sociale, s'affaire à suivre le développement des sciences exactes ou expérimentales, et les patrimoines des particuliers présentent une richesse, une diversité de composition qui s'opposent à la pauvreté, numérique et spécifique, des patrimoines de nos ancêtres. Le *droit des biens*, établi par le Code Napoléon, est périmé, ainsi que commence à l'être le *droit de la famille*, mais *pour des raisons très différentes* : c'est le développement économique et scientifique qui a déterminé un décalage dans l'ordre des biens; c'est le développement de l'individualisme qui en a provoqué un autre dans le droit des personnes : *essor* d'un côté, *désagrégation* de l'autre, notre vieux Code civil, pris entre ces deux phénomènes discordants, a fort à faire pour suffire aux besoins d'une société transformée : il n'y parvient que grâce à l'intervention du législateur, et, plus encore, à celle de la jurisprudence, creuset dans lequel s'élabore chaque jour le droit coutumier.

1319. Plan. — Dans **sept titres,** nous étudierons :

1° *Les diverses classifications des biens* (DIVISION DES BIENS) ;

2° *L'appropriation des biens* (DROIT DE PROPRIÉTÉ et POSSESSION) ;

3° *Les droits réels principaux, démembrements et charges de la propriété;*

4° *La théorie générale des obligations;*

5° *Les divers contrats* (à l'exclusion du contrat de mariage) ;

6° *Les sûretés, réelles ou personnelles;*

7° *Les régimes matrimoniaux.*

TITRE PREMIER

DIVERSES CLASSIFICATIONS DES BIENS

(Division des biens)

1320. Plan. — Les biens, tels que nous les avons définis, et tels que les envisage le Code civil dans les articles 516 et suivants, au livre deuxième, intitulé « *Des biens et des différentes modifications de la propriété* », se répartissent dans des catégories différentes suivant l'angle sous lequel on les envisage :

1° Il y a d'abord la division très générale des *biens corporels* et des *biens incorporels*;

2° Puis, les *biens corporels* se répartissent à leur tour dans une foule de sous-catégories. Les choses sont :

a) *Consomptibles* ou non *consomptibles*;

b) *Fongibles* ou non *fongibles*;

c) *Appropriées* ou sans *maître*;

d) Elles constituent, suivant les cas, des *capitaux* ou des *revenus*;

3° Les biens incorporels se subdivisent en deux grandes espèces : *droits réels* et *droits personnels*;

4° Enfin, brochant sur le tout, s'affirme la distinction capitale entre les *meubles* et les *immeubles*

CHAPITRE PREMIER

Première classification

Biens corporels et biens incorporels

1321. Définitions. — Sont *corporels* les biens qui tombent sous les sens, « *quæ tangi possunt* », les *choses* : une maison, un bijou, une voiture, un livre; tandis que les biens *incorporels* sont ceux qui n'ont pas de corps, d'apparence sensible; ce sont des *droits* : un usufruit, une hypothèque, une créance.

1322. Difficulté. — Si l'on y réfléchit, cette opposition, qui paraît, de prime abord, nette autant qu'élémentaire, s'obscurcit au point de perdre toute signification : car, seuls, les droits méritent le qualificatif de biens. Les objets matériels ne sont pas, en eux-mêmes, des biens au sens juridique du mot; ils n'intéressent le juriste que dans la mesure où ils deviennent les supports de droits; intrinsèquement, ils sont pour ainsi dire *neutres*; chacun les envisagera sous un jour différent, au gré de sa spécialité, selon qu'on sera chimiste, architecte, naturaliste, économiste, jurisconsulte; pour ce dernier, les choses n'existent et n'ont de signification que par les droits qui s'établissent sur elles ou autour d'elles, à leur occasion. Il semble donc qu'intrinsèquement envisagées, elles restent en dehors du domaine *du droit* dans lequel seuls rentrent *les droits*.

Cependant, cette conclusion serait beaucoup trop absolue; deux considérations en diminuent considérablement la portée :

1° La nature intrinsèque des choses influence leur aptitude à supporter des droits : suivant qu'un objet est fixé au sol ou qu'il se déplace facilement, selon qu'il sera résistant ou fragile, susceptible ou non d'identification, il se prêtera ou il se refusera à telle utilisation juridique, il comportera ou non l'hypothèque ou l'usufruit. Le juriste ne saurait donc se désintéresser de la structure des biens corporels : à ce point de vue encore, l'économique retentit sur le juridique;

2° Il est un droit qui est traditionnellement rangé parmi les biens corporels, à savoir le droit de propriété. A la différence des autres droits, celui-ci est réputé, à raison de son intensité même, tomber sous les sens. Le propriétaire a, sur sa chose, et surtout avait jadis sur elle de très larges pouvoirs allant jusqu'à la faculté de la détruire; il est investi d'un *dominium*, d'une prérogative que les Romains considéraient comme *absolue*, si bien que leurs jurisconsultes se sont habitués *à confondre le droit avec son objet*, instituant ainsi une terminologie qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours; au lieu de dire : *mon droit de propriété sur telle maison ou sur tel livre*, ce qu'exigerait une correction parfaite de langage, on dit plus simplement : *ma maison, mon livre*; au lieu de dire : *j'ai cédé mon droit de propriété sur tel bien*, on dit : *j'ai vendu ou j'ai donné telle chose*.

1323. — Ce langage est commode, mais incorrect; il prête d'autant plus à la critique que la propriété — surtout la propriété foncière — se dépouille de son prétendu absolutisme d'antan; elle tend à s'assouplir, à se conditionner, donc à se

rapprocher des autres droits : le *relativisme juridique* fait son œuvre, ici comme ailleurs; le fond change; seule subsiste la terminologie qui demeure telle qu'au temps des Quirites; *la propriété est toujours traitée comme un bien corporel*, encore qu'elle ait cessé de se confondre avec son objet pour devenir un simple droit établi sur une chose dont elle se dégage nettement : en plein vingtième siècle, nous vivons encore sous le signe du vieux droit quiritaire.

CHAPITRE II

Deuxième groupe de classifications

(Distinctions spéciales aux biens corporels)

1324. I. Choses consomptibles et choses non consomptibles. — Les choses dites *consomptibles* sont celles qui se consomment (*consumuntur*) par le premier usage qui en est fait : usage *matériel* (denrées, combustible), ou usage *juridique* (*monnaie*). Lorsqu'au contraire une chose se prête à une utilisation répétée, on la dit *non consomptible*, alors même que cette utilisation lui ferait perdre, à la longue, de sa valeur (vêtements, meubles meublants).

L'intérêt de la distinction se déduit des définitions mêmes que nous venons de donner : les choses consomptibles répugnent à l'établissement de tous droits qui impliquent, pour le titulaire, l'obligation de restituer, après usage, les objets mêmes qui lui ont été remis dans leur identique individualité. Il ne peut donc être question, pour de tels biens, ni d'*usufruit véritable* (*inf.*, n° 1863), ni d'*usage*, ni de *prêt à usage* : l'usufruitier, l'usager, l'emprunteur se mettraient, par l'exercice même de leurs droits, dans l'impossibilité de s'acquitter de l'obligation qui leur incombe de restituer des corps certains dont l'utilisation implique la destruction.

En thèse générale, le caractère consomptible ou non d'une chose est d'ordre *objectif* : il échappe à la volonté des parties; cependant, la règle n'est point absolue; il dépend parfois des intéressés de soustraire un bien à sa nature consomptible en le considérant sous un angle déterminé : ainsi, les pièces de monnaie prêtées à un changeur en vue de les exhiber dans sa vitrine, deviennent, à titre exceptionnel, des choses non consomptibles; les *mobiles* et le *but* des parties réagissent sur la nature juridique de l'objet de leur opération.

1325. II. Choses fongibles et choses non fongibles. — Une chose est dite *fongible* lorsque, dans un paiement,

elle peut être remplacée indifféremment par d'autres choses semblables, ressortissant au même genre; lorsqu'elle tire sa valeur, non de son individualité propre, mais du genre dont elle relève : des *pièces de monnaies*, des *billets de banque*, des exemplaires d'un même *livre*, dans la même édition, sont choses fongibles au premier chef.

Sont, au contraire, *non fongibles*, les biens qui, ayant une individualité propre, ne pourraient, dans un paiement, être remplacés arbitrairement par des individus du même genre : un domaine, une maison, un tableau.

1326. — A la différence du caractère consomptible ou non consomptible, *la fongibilité est interprétative, en principe, de la volonté des parties* : on présume que le créancier, par exemple l'acheteur de tel domaine, tient à entrer en possession de ce domaine-là et non pas de tout autre; il a contracté, pour ainsi dire, *intuitu rei*. Il est si vrai que tel est l'axe de la distinction, qu'il dépend des parties de le déplacer presque à volonté : on peut vendre tant d'hectares de terre à prendre dans telle région, dans telle colonie, ou une automobile d'une série déterminée : les différentes parties du domaine envisagé ou les différentes voitures de la série visée sont choses fongibles entre elles. Inversement, des biens ordinairement fongibles sont susceptibles de perdre ce caractère à raison de l'angle sous lequel les parties les ont envisagées : l'exemplaire d'un ouvrage que j'achète parce qu'il est de la première édition ou parce qu'il a appartenu à tel personnage célèbre, ne saurait être remplacé par un autre exemplaire, prétendument équivalent.

Etant donné cette différence de base entre les deux distinctions, on comprend que les termes n'en coïncident pas toujours : du vin, des denrées sont choses consomptibles; ainsi le veut leur nature intrinsèque; elles portent en elles-mêmes, à ce point de vue, leur propre destinée; au contraire, elles sont fongibles ou non suivant les cas : la vente a pu porter sur telle pièce de vin déterminée, sur les fruits de tel arbre.

1327. Intérêt de la distinction. — Cet intérêt ressort des explications précédentes et il serait superflu d'y insister; il se manifeste essentiellement à l'occasion des paiements : lorsque la chose, objet de l'obligation, est fongible, le débiteur se libère en livrant au créancier un quelconque individu du genre visé; cette liberté d'appréciation lui est retirée si c'est une chose non fongible qui a été déduite dans l'obligation.

1328. III. Choses appropriées et choses sans maître. — La plupart des biens sont au pouvoir juridique d'une ou de plusieurs personnes, *humaines* ou *morales* : elles ont un maître, un propriétaire : particulier, société, association, ville, Etat, etc.

Il existe aussi des biens sans maître, des biens non appropriés; on en distingue, traditionnellement, deux catégories : *res communes* et *res nullius*.

1° *Res communes* : ce sont celles, dit-on, qui répugnent, par leur nature, à toute appropriation, à toute exclusivité : elles n'appartiennent à personne parce qu'il faut que l'usage en soit commun à tous (art. 714, § 1) : l'*air*, l'*eau courante*, la *mer*.

2° *Res nullius* : ce sont des choses qui, pour l'instant, n'appartiennent à personne, mais qui se prêtent parfaitement à un usage exclusif : elles ne sont pas *appropriées* actuellement, mais elles sont *appropriables*; aujourd'hui sans maître, elles en auront un, peut-être, d'un moment à l'autre. Dans cette catégorie rentrent : le *gibier*, le *poisson*, les *produits de la mer* (corail, goëmon), l'*eau pluviale*, les *res derelictæ*, c'est-à-dire les *objets mobiliers volontairement abandonnés* par leur ancien maître.

1329. Critique. — L'opposition que l'on établit ainsi, traditionnellement, entre les *res communes* et les *res nullius* ne nous semble pas tout à fait et constamment exacte; elle demande à être précisée. Pothier observait déjà que si je puise de l'eau dans une rivière et si je la recueille dans un récipient, celui qui s'en empare alors sciemment commet un vol (POTHIER, Ed. Bugnet, t. IX, p. 131). C'est donc que cette eau était devenue ma propriété, encore qu'elle eût été distraite du fonds commun. Aussi la vérité nous paraît-elle être un peu différente de celle qui est admise couramment : les *res communes* présentent cette particularité de pouvoir être utilisées indépendamment de toute appropriation véritable, au lieu que les *res nullius* ont ceci de commun avec des choses quelconques qu'elles ne peuvent guère être utilisées que grâce à une appropriation : leur usage implique une exclusivité plus ou moins poussée, donc une maîtrise, une propriété.

1330. IV. Capitaux et revenus. — Il est des biens qui constituent un *capital*, d'autres qui se présentent comme des *fruits*, des *revenus* : une *maison* est un capital, les *loyers* qu'acquittent les locataires sont, pour le propriétaire, des revenus; un *titre de bourse*, une *créance* sont des capitaux :

les *coupons* de ce titre, les *intérêts* de cette créance constituent des revenus. On le voit, les revenus sont donnés par les capitaux et ne sauraient donc se confondre avec eux.

Il faut observer :

1° Que tout capital n'est point nécessairement productif de revenus; il est des biens improductifs, des *biens oisifs* : tableaux, bijoux, meubles d'art;

2° Que tout ce qui sort d'un capital n'a pas fatalement le caractère de revenu; encore faut-il que cette sortie ne détermine pas une diminution dudit capital, ne l'entame pas : le propriétaire foncier qui démolit sa maison ou qui abat une forêt tout entière ne se contente pas de percevoir les fruits, les revenus de sa chose; en réalité, il prend sur sa substance, *il entame son capital*; il dispose de son bien lui-même ou d'une partie de ce bien. Aux fruits, on oppose les produits *stricto sensu*, lesquels représentent une fraction du capital. (Voy. *inf.*, n^os^ 1895 et suiv.)

1331. Intérêt de la distinction. — Les intérêts de la distinction sont multiples; notamment :

1° Les fruits ou revenus appartiennent à qui a la jouissance de la chose (*usufruitier*, et aussi, dans une mesure réduite, *usager*) ainsi qu'au possesseur de bonne foi de la chose d'autrui (*inf.*, n^os^ 1405 et suiv.) : mais le capital lui-même et tous ses éléments constituants restent au propriétaire;

2° En matière de capacité et de pouvoir, la loi se montre bien moins exigeante pour l'aliénation des fruits que pour celle des capitaux : la première rentre dans la catégorie des actes de pure administration, la seconde dans celles des actes de disposition. (Voy. notamment, pour le tuteur, *sup.*, n^os^ 407 et 432; pour le mineur émancipé, *sup.*, n^os^ 327 et suiv.)

Chapitre III

Troisième classification spéciale aux Biens incorporels

Droits réels et droits personnels

1332. — Cette classification n'intéresse que les biens incorporels, du moins à condition de voir dans la propriété ce qu'elle est véritablement : un droit et non pas une chose.

Les droits *patrimoniaux* sont ou *réels* ou *personnels*, iné-

vitablement; tandis, que les droits extra-patrimoniaux, notamment les droits de famille, échappent entièrement à cette classification.

1333. Sens et critère de la distinction. — Quelle idée convient-il de se faire du *droit réel* et du *droit personnel*? Où trouver le critère qui permettra de les distinguer l'un par rapport à l'autre?

(V. Maxime Chauveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, *Rev. crit.*, 1931.)

Explication historique. — Traditionnellement et en s'engageant dans la voie tracée par les jurisconsultes romains, on considère que le droit réel porte directement sur une chose, qu'il constitue un *jus in re*, un droit dans la chose qui en est comme imprégnée; en ce sens, on peut dire qu'il se ramène à un rapport entre une personne et une chose, puisque le titulaire du droit peut l'exercer et retirer du bien sur lequel il pèse toute l'utilité qu'il comporte, *sans avoir à passer par l'intermédiaire d'une personne quelconque* : propriétaire d'une maison, il l'habite ou il la loue; usufruitier d'un domaine, il en perçoit les fruits sans avoir à s'adresser à une personne quelconque.

Il en va tout autrement du titulaire d'un *droit personnel*, c'est-à-dire d'une *créance* : le créancier d'une somme d'argent ne peut pas s'en emparer spontanément, par acte de sa seule volonté; il a un *jus ad rem*, et non *in re*; il ne saurait se faire justice lui-même, mais il doit s'adresser à son débiteur à qui il réclame le paiement de son dû : ici, le rapport existe donc entre deux — ou plusieurs personnes; l'analyse découvre facilement trois éléments : un *sujet actif*, le créancier; un *sujet passif*, le débiteur; enfin l'*objet* de la dette; au lieu que le deuxième élément fait défaut dans le droit réel, lequel porte directement sur la chose qui en constitue l'objet.

1334. Critique de l'explication historique. — Cette analyse a été vivement critiquée depuis une trentaine d'années environ (Voy. notamment Planiol et Ripert, t. I, nos 2158 et suiv.; Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 405 et suiv.) : un droit, a-t-on fait remarquer, ne saurait se ramener à un rapport entre une chose et une personne; le sujet passif est nécessairement un être humain, comme le sujet actif lui-même, et non une chose, laquelle n'en peut mais, n'ayant point de volonté. Tous les droits sont des rapports entre des personnes; au vrai, les droits

réels ne sont pas d'une autre essence que les droits personnels; ce qui a pu faire illusion c'est qu'en ce qui les concerne le sujet passif n'apparaît pas à première vue; il reste dans le lointain et dans la pénombre : il s'appelle *tout le monde*. Dire que je suis propriétaire de telle maison, cela signifie que nul ne doit toucher à cette maison sans ma permission : une même obligation pèse sur toute personne autre que moi-même, celle de ne rien faire qui porte atteinte à mon droit : *obligation négative à sujet passif indéterminé*. Alors que le droit personnel ne lie que des personnes déterminées, le droit réel établit un vaste réseau obligatoire entre le titulaire et toutes autres personnes. Mais il n'y a là qu'une différence dans l'*étendue* du droit, non dans sa *qualité* : une obligation a beau rayonner au loin, c'est toujours une obligation. Ainsi raisonnent les auteurs dits *personnalistes*, en témoignage de l'universalité qu'ils reconnaissent à l'élément personnel dans la notion de droit.

1335. Exagération et injustice de cette critique. — Nous estimons que les reproches adressés par les personnalistes à l'explication traditionnelle sont loin d'être entièrement mérités.

1° Les prudents n'ont jamais dit, comme on semble vouloir le leur faire dire, que, dans les droits réels, la chose joue le rôle de sujet passif, mais seulement que ces droits établissent un rapport direct entre le titulaire et cette chose (Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 416). Or, l'exactitude de cette conception est certaine; elle n'a nullement été ébranlée par les personnalistes : tandis que le droit personnel *tend* seulement à une chose (*jus ad rem*), le droit réel met celle-ci à la disposition même du sujet actif qui n'a à passer, dans la réalisation de ses prérogatives, par aucun intermédiaire. Il y a là au moins une différence technique qu'il est impossible d'écarter :

2° La conception que les personnalistes se font du droit réel est franchement paradoxale et arbitraire : cette prétendue obligation négative qui incomberait à *Tout-le-monde*, et à l'insu de tous, est une création assez malheureuse, et on n'a que faire de l'harmonie préétablie qu'elle implique; en fait, propriétaire d'un immeuble sis à Paris, il est peu probable que j'aie à arguer de mon droit vis-à-vis des quarante millions d'habitants que comporte la France, sans parler des étrangers : le luxe des moyens employés est hors de proportion avec le but à atteindre; la souveraineté de mon droit n'est pas telle que tous les habitants de la planète doivent être déclarés dès à présent mes sujets; un droit qui retentit

dans le vide et qui, partant en guerre contre des moulins à vent, prétend enfoncer ainsi des portes, non pas même ouvertes, mais inexistantes, devient un monstre juridique, un épouvantail pour enfants : il ne faut pas caractériser un droit par les conflits auxquels il peut éventuellement donner lieu; c'est par une *actualité* qu'il veut être qualifié, non par une *éventualité*.

1336. Véritable explication. — En vérité, les droits réels présentent ces deux caractéristiques, l'une *plutôt théorique*, l'autre *essentiellement pratique* :

1° D'être des droits *absolus*, opposables à tous *à l'occasion*, mais abstraction faite de ce réseau obligatoire négatif, préconstitué et permanent dont les personnalistes admettent l'existence, sans nécessité et contrairement à toute vraisemblance, obéissant à cette propension « qui porte nos contemporains à voir partout du *rapport juridique* » (M. Hauriou, *Principes du droit public*, 2e éd., p. 168);

2° De mettre le titulaire à même d'exercer directement, sans passer par l'intermédiaire d'une autre personne, les prérogatives qui lui appartiennent; du moment qu'il y a droit réel, il y a « situation établie » (M. Hauriou, *Ibid.*), pouvoir direct d'utilisation et de maîtrise.

A ces deux points de vue, l'antithèse avec les droits personnels est flagrante, puisque les créances sont des droits *relatifs*, existant entre personnes déterminées, et puisque, d'autre part, elles ne mettent pas le créancier en relation directe avec la chose à laquelle il peut prétendre.

Le créancier réclame ou réclamera son dû; mais le titulaire d'un droit réel ne réclame rien du tout, sinon le maintien du *statu quo*; il rentre dans la catégorie des *beati possidentes*.

1337. Conséquences de cette conception; différences entre les droits réels et les droits de créance; attributs des droits réels :

1° Le titulaire d'un droit réel quelconque est investi du *droit de suite* qui lui permet de suivre en des mains quelconques la chose qui lui appartient ou qui est grevée d'une charge en sa faveur; c'est ainsi que le propriétaire d'un immeuble est admis à le revendiquer contre tout détenteur; solution qui découle naturellement de cette idée que les droits réels sont absolus; quel que soit mon contradicteur actuel, mon droit réel lui sera opposable, à l'occasion.

Au contraire, le créancier est privé de tout droit de suite : il ne peut agir que contre son débiteur et, après lui, contre ses héritiers;

2° Les droits réels comportent un autre attribut qui est le *droit de préférence*; il s'explique exactement comme l'attribut précédent, soit par le large rayonnement de ces sortes de droits. Un propriétaire, un déposant par exemple, n'a pas à redouter le concours des créanciers de son adversaire, le dépositaire, puisque son droit, étant absolu, leur est opposable, tandis que le leur, qui est relatif, ne saurait être invoqué contre lui.

A l'inverse, les simples créanciers sont éliminés, en principe, de tout droit de préférence : si les biens du débiteur sont saisis et vendus, ils s'en partagent le produit au prorata du montant de leurs créances respectives; ils sont payés au *marc le franc*, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la date de la naissance de leurs droits; les plus récents sont traités ainsi que les plus anciens;

3° Le titulaire d'un droit réel a la faculté de l'abandonner par acte de sa seule volonté; par voie de *déguerpissement* (André Breton, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels*, *Rev. trim.*, 1928, p. 261), ce qui s'explique, à notre avis, non plus par le caractère absolu du droit, par son vaste rayonnement, mais bien plutôt par cette idée que le sujet actif se trouve en relation directe avec la chose, objet de son droit : il peut se passer d'intermédiaire, aussi bien pour abandonner son droit que pour l'utiliser.

Il en va autrement des droits de créance : un créancier ne peut pas, de sa seule autorité, éteindre le droit qui lui appartient; la *remise de dette* a un caractère conventionnel; elle implique un accord de volontés entre créancier et débiteur dont le double consentement est requis pour que soit brisé le *vinculum* (*Inf.*, t. II, n° 951);

4° Du moment que les droits réels sont opposables à tous, il en ira forcément de même des actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels : nonobstant le principe de la relativité des conventions, les effets de ces actes retentiront, à l'occasion, sur tous, tandis qu'un contrat productif de simples droits personnels ne produit d'effets qu'entre les parties et leurs ayants-cause à titre universel;

5° A notre sentiment, et sauf controverse, tandis que les particuliers peuvent créer à leur guise toutes espèces de droits personnels (principe de la liberté des conventions), il ne saurait dépendre d'eux d'inventer et de constituer des droits réels de leur cru; à cet égard, les dispositions légales sont limitatives; la liste des droits réels est fixée, *ne varietur*, par le législateur. En effet, l'organisation et les modalités de la propriété, droit réel-souche, intéressent l'ordre public; et d'ailleurs, si l'on comprend que les parties puissent, à leur

gré, établir des rapports juridiques qui ne lieront qu'elles-mêmes, on s'expliquerait moins volontiers qu'elles fussent autorisées à instituer à leur guise des droits qui, étant opposables à tous, constitueraient une gêne pour la collectivité : la règle de la relativité des conventions, qui fait ainsi un retour offensif, s'oppose à ce qu'un contrat puisse, sans la permission du législateur, rayonner au delà du cercle des parties et de leurs ayants cause à titre universel.

Il est d'ailleurs à remarquer que la loi du 1er juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française dans les départements recouvrés, décide que « *les seuls droits réels immobiliers sont ceux que prévoit la loi française...* » (art. 36, § 2).

D'après l'article 757 du Code civil de la république de *Chine* : « il ne peut pas être créé de droits réels en dehors de ceux prévu par le présent Code ou par d'autres lois ».

1338. Exemples de droits réels. — Le droit réel-type est la *propriété*; les autres sont pris sur lui, en constituent des dérivés, des démembrements (sauf une controverse pour l'*hypothèque*) : ce sont notamment l'*usufruit*, l'*usage*, l'*habitation*, les *servitudes*, l'*emphythéose*, les *hypothèques*, le *gage*, le droit assez mal défini qui appartient au *concessionnaire d'une mine* (L. 9 sept. 1919), le droit de *riveraineté* (*Inf.*, n° 1459), l'ensemble des prérogatives dont sont investis les concessionnaires de *sépultures* (*Inf.*, n° 1958).

1339. Différentes catégories de droits réels. — On peut distinguer :

1° Le droit de *propriété*, droit réel-type, dont procèdent tous les autres;

2° Les droits réels qui impliquent un *démembrement* et presque une *dissociation* de la propriété dont les attributs se partagent entre plusieurs ayants droit : l'*usufruit*, l'*emphythéose*, l'*usage*, l'*habitation*, le droit du concessionnaire *d'une mine*, véritables *démembrements de la propriété*;

3° Les droits réels qui, sans représenter un rameau, un fragment de la propriété, confèrent cependant à ceux qui en sont investis le droit d'utiliser la chose dont le propriétaire conserve la jouissance et l'usage : ce sont les *servitudes*, qui sont des *charges* de la propriété plutôt qu'elles n'en constituent des démembrements;

4° Enfin, les droits réels dits *accessoires* qui offrent ce double caractère de constituer l'accessoire d'une obligation dont ils sont destinés à assurer l'exécution, et de ne conférer à leurs titulaires ni la jouissance ni même l'usage ou l'uti-

lisation de la chose : *hypothèque*, *gage*; ce sont des *droits réels de garantie* qui s'analysent essentiellement dans des causes de préférence avec assignat limitatif sur un ou plusieurs biens; droits réels inférieurs, de seconde zone; droits réels mineurs, à tel point qu'on se demande — et notamment pour l'hypothèque — s'ils rentrent vraiment dans la famille des droits réels (*contra*, Maxime Chauveau, *op. cit.*), et que la jurisprudence se refuse du moins à y voir des démembrements de la propriété (V. pour l'hypothèque, *inf.*, t. II, n° 1867).

Chapitre IV

Les Meubles et les Immeubles

Section I. — GÉNÉRALITÉS

1340. Position dominante de cette classification. — La classification des biens en meubles et immeubles constitue, dans notre droit français, la division essentielle des biens, la *summa diviso* : elle est, au contraire, reléguée au second plan ou même tout à fait délaissée par des codifications plus récentes, notamment par le Code civil allemand.

En gros, les *meubles* sont les biens qui comportent un déplacement possible d'un lieu à un autre, les biens *volants* de nos anciens auteurs, tandis que les *immeubles* ont une situation fixe : ce sont des biens sédentaires.

On conçoit que la faculté de déplacement d'un bien influe sur sa condition juridique; à Rome déjà, la distinction était établie sur ces bases; mais, au cours de notre ancien droit, elle subit toute une série de transformations et elle prit une importance jusqu'alors insoupçonnée : il est intéressant de noter cette évolution qui, sur certains points, a été en quelque sorte cristallisée purement et simplement par notre Code civil.

1341. Le système romain et celui de notre ancien droit. — Entre les deux conceptions, des différences capitales s'accusent dont l'une commande à toutes les autres.

I. **Transformation fondamentale.** — A Rome, les *intérêts* de la classification étaient en petit nombre, et c'est ce qui explique qu'elle fût laissée au second plan, éclipsée qu'elle était par la division des *res mancipi* et des *res nec mancipi*. Meubles et immeubles n'étaient pas soumis, en principe à des régimes juridiques différents : c'est ainsi

qu'ils comportaient les uns et les autres l'*hypothèque* et que la propriété en était transférée par des procédés identiques : *mancipation*, *cessio in jure*, *tradition*, etc.

Tout au contraire, au cours de notre ancien droit et grâce à l'organisation sociale et foncière du pays, les différences s'accusent et se multiplient entre ces deux formes de la richesse : la fortune immobilière, source de considération, d'honneur, de noblesse, est vue avec une faveur insigne, tandis que la fortune mobilière, qui ne s'étale pas au grand jour, qui n'anoblit pas son possesseur, est traitée avec un complet dédain : *res mobilis res vilis*, avait-on coutume de dire. Ces deux catégories de biens sont soumises, quant à l'aliénation, à la dévolution héréditaire, au régime matrimonial, à des règles antithétiques qui se résument en une directive unique : tout pour la fortune immobilière, rien ou presque rien pour les biens mobiliers, considérés comme des non-valeurs.

Ce point de vue outrancier s'expliquait par le fétichisme terrien qui caractérisait le régime féodal; dans un pays et à une époque où la terre était le pivot de toute l'organisation sociale, la sortie d'un immeuble du patrimoine familial était considérée comme un malheur qu'on devait éviter autant que possible.

Avec la Révolution, ces idées d'un autre âge auraient dû être balayées par le grand souffle individualiste qui inspira la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen; cependant, il n'en fut rien, et *la distinction des biens en meubles et en immeubles a conservé, dans notre Code civil, à peu près toute son ancienne importance* : c'est là un des points les plus faibles de l'œuvre du Premier Consul, un de ses côtés les plus surannés. De plus en plus, l'anachronisme s'accuse; la fortune mobilière, après avoir égalé en importance son aînée, l'a dépassée sensiblement; avec le développement du commerce et de l'industrie, avec la concentration des entreprises, les valeurs de Bourse ont pris un développement que nul ne pouvait prévoir un siècle plus tôt; et la rupture s'affirme entre la science économique et la science juridique, la première qui atteste la royauté de la fortune mobilière, la seconde qui doit continuer à vivre sur les errements anciens : la maxime *res mobilis res vilis* exprime une contre-vérité.

1342. — Il faudra bien, un jour ou l'autre, mettre fin à ce conflit entre la *réalité économique* et la *fiction juridique*; il faudra, sinon combler, du moins rétrécir le fossé qui avait été creusé comme à plaisir entre les deux formes de la richesse.

C'est qu'en effet, il ne saurait être question d'établir une assimilation complète entre meubles et immeubles; parmi les différences formulées entre ces deux catégories de biens, il en est qui sont *justifiées* et qui doivent donc être maintenues; il en est d'autres qui sont factices et arbitraires : ce sont celles-ci seulement qui sont appelées à disparaître.

1343. A. **Différences justifiées.** — Ce sont celles qui se rattachent à la différence de nature, à cette constatation que les meubles sont mobiles, doués d'une vertu circulatoire plus ou moins développée, tandis que les immeubles sont voués à la fixité; d'un côté des *biens nomades* dont l'*identification* est difficile ou impossible; de l'autre, des *biens sédentaires*, à domicile fixe, pour lesquels on conçoit l'organisation d'une sorte d'*état civil*, et, par suite, une identification exacte.

A cette différence de nature se rattachent les différences suivantes :

1° Les *transactions immobilières* se prêtent à des formalités de publicité : on peut aviser le public que la maison A, située dans telle ville, telle rue, tel numéro, a été vendue par Primus à Secundus...

Pour les *transactions mobilières*, une organisation de ce genre soulève de grosses difficultés, sinon une impossibilité, réserve faite cependant de certaines catégories de meubles qui sont identifiables. On aurait beau publier à son de trompe que Primus a vendu à Secundus tel cheval ou tel bijou, ou tel livre, le public n'en serait pas plus avancé, car il ne pourrait pas identifier facilement l'objet en question. Aussi en est-on réduit à décider qu'en principe les transactions mobilières sont opposables aux tiers, par elles-mêmes et indépendamment de toute publicité, laquelle serait en fait inopérante;

2° En matière immobilière, on le verra, la possession est nettement distincte de la propriété : de ce que j'occupe une maison, voire même de ce que je l'ai achetée, il n'en résulte pas nécessairement que j'en sois propriétaire. Pour les meubles, au contraire, la possession et la propriété sont étroitement unies : « *en fait de meubles la possession vaut titre* » (art. 2279) : la possession de bonne foi fait aussitôt présumer la propriété (*inf.* n^{os} 1615 et suiv.). L'explication de cette différence est la même que celle de la précédente : il est à peu près impossible de connaître le légitime propriétaire actuel d'un meuble; il faut donc, de toute nécessité, que celui qui a les apparences de la propriété, c'est-à-dire le possesseur, soit traité comme un propriétaire : un acheteur

ne peut pas vérifier le titre, les droits de son vendeur : il faut que droit et fait marchent de pair; sinon il n'y aurait plus de sécurité dans la vie juridique; on doit se contenter ici d'un à peu près;

3° Les immeubles sont susceptibles d'*hypothèque*, les meubles non, en principe du moins. La raison est toujours la même : pas de régime hypothécaire sans publicité; or, les meubles ne se prêtent guère à la publicité;

4° En matière de *compétence*, si un procès surgit à l'occasion d'un immeuble, c'est le tribunal de la situation, du domicile de l'immeuble qui doit être saisi (C. pr. art. 59, § 3); s'il s'agit d'un meuble, le critère devient sans application possible, puisque les meubles n'ont pas de situation fixe; le tribunal compétent sera, conformément aux principes généraux du droit, celui du domicile du défendeur : *actor sequitur forum rei* (C. pr., art. 59, § 1).

1344. — Voilà autant de différences justifiées parce que se déduisant d'une différence de nature entre meubles et immeubles; aussi sont-elles étrangères à certains meubles qui, susceptibles d'identification, participent dans une large mesure au statut immobilier : *navires*, *fonds de commerce*, *bateaux d'eau douce* d'un certain tonnage, *aéronefs* : nous verrons notamment que ces biens, quoique mobiliers, comportent l'*hypothèque* et que la loi distingue nettement, en ce qui les concerne, la propriété de la possession.

1345. B. **Différences arbitraires.** — Ce sont celles qui se déduisent de la prétendue infériorité des meubles qui, dans la hiérarchie des biens, occuperaient un échelon très bas.

1° Différences quant à la *capacité* et quant au *pouvoir* : la loi se montre bien moins sévère pour les opérations relatives aux meubles que pour celles qui intéressent la fortune immobilière. (Voyez, pour le *tuteur*, *sup.*, n^os^ 407 et suiv., pour le *mineur émancipé*, *sup.*, n^os^ 327 et suiv.; pour la *femme séparée de biens*, l'art. 1449.) En réalité, il faudrait distinguer, non d'après la nature de la chose aliénée mais d'après celle de l'opération qui peut affecter l'aspect d'un acte d'*administration* ou d'un acte de *disposition*;

2° Sous le régime de la *communauté légale*, les meubles entrent bien plus facilement en communauté que les immeubles, parce qu'on considère qu'ils ont peu d'importance (art. 1401 et suiv.);

3° La *saisie* d'un immeuble est soumise à des règles bien plus compliquées que celle d'un bien mobilier; elle est plus

longue et plus coûteuse; c'est qu'il faut éviter à tout prix ce malheur : l'expropriation d'un immeuble, c'est-à-dire d'un bien noble;

4° La *vente d'immeubles est rescindable pour cause de lésion de plus des sept douzièmes* subie par le vendeur (art. 1674). Il n'existe rien de pareil, en thèse générale, pour la vente mobilière;

5° Les *droits d'enregistrement* qui frappent une vente d'immeuble sont beaucoup plus élevés que ceux qui atteignent la vente d'un bien mobilier; pour le fisc lui-même, la maxime « *res mobilis res vilis* » est l'expression de la vérité; on ne saurait donner une preuve plus tangible de son énergie et de son rayonnement.

Voilà autant de différences, et on pourrait aisément en allonger la liste, qui, étant arbitraires, devraient disparaître de notre législation, ou être atténuées, modernisées.

1346. II. Transformations secondaires. — En s'élevant au premier rang, la distinction des biens en meubles et immeubles a subi, au cours de notre ancien droit et par rapport au droit romain, certaines déformations.

1° Tandis qu'à Rome la distinction ne concernait que les biens corporels, dans notre ancien droit elle a tout envahi : les *droits* eux-mêmes, comme les choses, sont mobiliers ou immobiliers, nécessairement. Et, en effet, une *summa divisio* doit avoir une valeur générale.

Sur ce point, les résultats de l'évolution ont été définitivement acquis; aux termes de l'article 516 : « *Tous les biens sont meubles ou immeubles.* »

2° Du moment que les immeubles étaient soumis, dans notre ancien droit, à un statut protecteur, parce que très précieux, on devait être amené à faire passer dans la catégorie privilégiée certains meubles, les plus importants, afin de les faire bénéficier dudit statut. C'est ainsi que les *offices* et les *rentes* (foncières ou même constituées), étaient traitées comme immeubles, tandis qu'à l'inverse certains bâtiments (les granges) étaient rangés, au moins par différentes coutumes, dans la catégorie des meubles.

Ce déplacement de l'axe même de la distinction disparut avec le droit intermédiaire et le Code civil ne l'a pas consacré : comme nous le verrons, offices et rentes ont retrouvé leur caractère mobilier (*inf.* n^{os} 1371 et suiv.), de même qu'à l'inverse tous les bâtiments, sans distinction d'importance, sont traités comme immeubles (*inf.* n° 1348).

Cependant, il faut observer :

a) Que certains meubles, nous l'avons noté, sont traités

à divers égards, comme des immeubles : navires, fonds de commerce, etc.; mais la raison en est dans leur aptitude à l'identification plutôt que dans leur grande valeur;

b) Que la loi ne s'attache pas toujours, pour distinguer meubles et immeubles, à la mobilité ou à la sédentarité des biens; elle utilise parfois d'autres indices, ainsi que nous le constaterons en étudiant :

Dans une section II, les *immeubles*;

Dans une section III, les *meubles*.

Section II. — LES IMMEUBLES

1347. Énumération. — Le Code civil distingue **quatre** catégories d'immeubles :

1° Les immeubles *par leur nature* (sol, édifices, végétaux);

2° Les immeubles par leur *destination* : ce sont en réalité des choses mobilières que la loi immobilise d'autorité en tant qu'accessoires d'un immeuble de la catégorie précédente;

3° Les immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent* : ce sont les droits, *autres que le droit de propriété*, qui portent sur des immeubles véritables;

4° Enfin, les immeubles par *détermination* de la loi, qui sont des meubles immobilisés facticement par une simple *déclaration* de leur propriétaire.

§ I. — IMMEUBLES PAR NATURE

1348. — Ce sont des biens corporels, des choses, à savoir : le *sol* et les biens qui y sont *incorporés*.

I. Le *sol*, les terrains, les fonds de terre (art. 518) : c'est l'immeuble par excellence, qui préexiste à tous autres.

Il faut savoir que, d'après la loi du 21 avril 1810, les gisements miniers, lorsqu'ils ont été concédés, constituent un bien distinct de la surface, en sorte qu'il y a alors deux immeubles superposés, la *mine* et la *surface*.

II. *Les objets incorporés au sol*; savoir les *végétaux* et les *édifices*, les bâtiments (art. 518 et 520), *à condition qu'ils adhèrent au sol* : une baraque en planches, une plante placée dans une caisse ou dans un pot sont des meubles (Civ. 5 juill. 1880, *D. P.*, 1880, 1, 321).

Cette condition remplie, aucune autre n'est exigée :

1° Peu importe la valeur de l'objet : le moindre brin d'herbe est immeuble par nature au même titre que l'arbre le plus majestueux; le moindre taudis, le moindre pilier, la plus humble grange, comme le palace ou le château;

2° Il n'y a pas à rechercher si l'incorporation a un caractère provisoire ou définitif : les bâtiments d'une exposition sont immeubles, ainsi que la maison élevée par un locataire en vertu d'une clause du bail qui en prévoit la démolition (Paris, 1er mars 1899, *D. P.* 1891, 2, 38), et ainsi que les arbres d'une pépinière, encore que leur destinée soit d'être déplacés;

3° On ne distingue pas davantage selon la main qui a procédé à l'incorporation : la maison élevée par un simple locataire, les plantations effectuées par un simple fermier ont le caractère immobilier, sauf, ce qui est différent, à rechercher à qui elles appartiennent. (Req. 13 fév. 1872, *D. P.*, 1872, 1, 256.) Dans tous les cas, *superficies solo cedit* (*inf.* n° 1659).

1349. Applications. — Le sol a ainsi une puissance attractive illimitée, une force d'absorption sans bornes. C'est ainsi que sont immeubles par leur nature, et en vertu d'un *phénomène d'incorporation* : les balcons, les gouttières, les marquises, les girouettes, les paratonnerres, les ascenseurs (Req. 6 mars 1928, *D. P.* 1928, 1, 97, note L. Josserand), les canalisations de gaz et d'électricité, et aussi, malgré la place malencontreuse que leur a assignée le législateur dans l'article 523, les tuyaux servant à la conduite des eaux, comme d'ailleurs les canalisations de gaz ou d'électricité.

§ II. — IMMEUBLES PAR DESTINATION

1350. Idée générale. — Les immeubles par destination sont des biens mobiliers par leur nature dont la loi fait *fictivement* des immeubles à raison du lien qui les unit à un immeuble par nature dont ils constituent l'accessoire. Exemple : des ustensiles aratoires, des animaux servant à la culture d'un fonds, l'outillage industriel.

Cette théorie de l'immobilisation par destination a ses premières origines dans le droit romain, mais ce ne sont pas nos anciens auteurs et nos anciennes coutumes qui l'ont développée et qui lui ont donné, assez malencontreusement d'ailleurs, sa figure et son importance actuelles.

1351. Raison d'être de la fiction d'immobilisation. — On veut éviter une indépendance juridique du meuble par rapport à l'immeuble dont il est l'accessoire, indépendance qui pourrait conduire à des résultats fâcheux, contraires à la volonté des parties ou à l'équité; notamment :

1° Il ne faut pas que les instruments aratoires et le bétail puissent être saisis *mobilièrement*, isolément du fonds sur

lequel ils sont placés, sans quoi l'agriculteur serait mis dans l'impossibilité d'exploiter son fonds; il se trouverait comme paralysé. Même observation pour l'outillage industriel. On évite cette extrémité en considérant que lesdits meubles sont immobilisés par destination et ne font qu'un avec le fonds au service duquel ils ont été mis : les créanciers ne pourront les saisir qu'avec ce fonds, aux destinées duquel ils avaient été liés;

2° Le raisonnement est le même en cas de *vente du fonds* : il faut que l'acheteur devienne propriétaire des accessoires (volets mobiles, clefs, etc.) : on obtiendra ce résultat en solidarisant juridiquement ces accessoires au fonds lui-même;

3° Si un individu *lègue* à Primus ses meubles, à Secundus ses immeubles, on arriverait, en reconnaissant aux premiers toute indépendance vis-à-vis des seconds, à des résultats singuliers, contraires à la volonté probable du testateur et au sens commun : l'un aurait le fonds, l'autre les moyens de le cultiver (instruments, bétail). On évite cette absurdité en recourant à la fiction de l'immobilisation qui soude juridiquement au fonds les meubles voués à son service.

1352. On a dépassé le but poursuivi. — Le but poursuivi était légitime, mais on l'a dépassé en recourant, pour l'atteindre, à la fiction de l'immobilisation; il aurait suffi de décider qu'en leur qualité d'accessoires, les objets visés ne sauraient être désunis du fonds auquel ils sont attachés; la règle « *accessorium sequitur principale* », sainement interprétée, aurait suffi aux besoins de la situation; il était superflu de proclamer que, contrairement à la vérité, des meubles seraient transformés en immeubles; *c'est sans nécessité que l'on a ainsi fait violence à la nature des choses* : la solidarisation de l'accessoire au principal pouvait être assurée sans recourir à ce luxe inutile : l'immobilisation par destination, laquelle n'est avantageuse en soi qu'au *fisc* qui se présentera à l'occasion pour percevoir les droits afférents aux transmissions immobilières, plus élevés que ceux qui grèvent les déplacements de propriété mobilière.

1353. Conditions requises pour l'immobilisation par destination :

1° Il faut qu'un meuble soit mis en rapport, non pas avec un immeuble quelconque, mais bien avec un *immeuble par nature* : seuls, les biens de cette catégorie ont la vertu d'attirer à soi les meubles qui leur sont affectés et de leur imprimer leur propre statut juridique;

2° Il faut que les deux objets — immeuble par nature et

meuble affecté — appartiennent au même propriétaire (arg. art. 522, 524, 525 qui supposent toujours que c'est le propriétaire qui place la chose sur le fonds); *il faut qu'ils soient situés dans le même patrimoine*, sans quoi il ne sera même pas question d'immobilisation : les instruments et les animaux apportés sur le fonds par un fermier gardent donc leur caractère mobilier. C'est qu'en effet, s'il en était autrement, l'immobilisation consacrerait une véritable expropriation au détriment du propriétaire des meubles qui perdrait purement et simplement et sans cause juridique son droit de propriété, confisqué au profit du propriétaire du fonds. C'est seulement *dans l'intérieur d'un même patrimoine* que l'immeuble par nature exerce, sur les meubles qui lui sont destinés, sa puissance attractive; c'est uniquement le propriétaire qui a qualité pour réaliser l'immobilisation, de même qu'à l'inverse il est seul fondé à la faire cesser (Req. 17 mars 1931, *S.*, 1931, 1, 191, *D. H.*, 1931, 233).

On admet cependant, en général, que le simple *possesseur* d'un fonds peut faire des immeubles par destination (Maurice Picard, n° 81), mais non pas le locataire, le fermier, ni même l'usufruitier.

1354. — 3° Il faut qu'un *rapport de destination* ait été établi entre l'immeuble par nature et le meuble : il faut que celui-ci soit vraiment *l'accessoire*, et l'accessoire, obligé, nécessaire de celui-là.

Dans le système de notre Code civil, ce rapport peut être établi par deux procédés différents : ou bien par la seule *affectation* du meuble à l'immeuble, abstraction faite de tout lien matériel; ou bien par l'*attache matérielle à perpétuelle demeure*.

a) **Premier procédé d'immobilisation. Affectation d'un meuble au service ou à l'exploitation d'un fonds** (art. 524). Ce texte déclare immeubles par destination « *les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds* »; après quoi, il donne une énumération simplement *énonciative*.

1354*bis*. Service du fonds et service de la personne. — Cette formule suggère une remarque préliminaire importante : le texte suppose que le meuble sert au fonds lui-même et non point au propriétaire; *la destination est un rapport d'ordre objectif*; les objets qui servent à la personne plutôt qu'au fonds ne sont point immobilisés. C'est le cas de la plupart des *meubles meublants* : lits, tables, chaises, buffets,

etc., et aussi des tableaux de sonnerie électrique (Nancy, 25 mars 1905, *S.*, 1905, 2, 279), des automobiles particulières.

Ceci dit, on distingue diverses variétés d'affectation immobilisante : elle peut être *agricole, industrielle, commerciale*; enfin, elle peut concerner le *service d'une maison*, d'un édifice quelconque.

1. *Affectation agricole.* — De nombreux exemples sont fournis par l'article 524 : animaux attachés à la culture; ustensiles aratoires; semences; pigeons des colombiers; lapins de garenne; ruches à miel; poissons des étangs; pressoirs, chaudières, alambics, cuves, tonnes; pailles et engrais. Il faut ajouter les échalas des vignes et les perches à houblon.

2. *Affectation industrielle.* — L'article 524 est beaucoup plus laconique sur ce point : le machinisme était peu développé en 1804; il est fait mention seulement des « *ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines* ». En réalité, c'est tout l'*outillage industriel* qui se trouve immobilisé en vertu de cette disposition, y compris les animaux, les voitures affectés au service de l'usine (Civ. 24 janv. 1912, *D. P.*, 1913, 1, 337), les chevaux, les harnais, les tonneaux d'une brasserie (même décision); le matériel Decauville affecté au service d'une briqueterie (Req., 23 fév. 1914, *S.*, 1914, 1, 447). Pour les chevaux employés dans les mines, voyez la loi du 21 avril 1810, article 8, § 3.

3. *Affectation commerciale.* — Elle n'est point prévue dans l'article 524; mais la jurisprudence la consacre constamment; elle en fait application : aux *meubles* garnissant une *hôtellerie* (Req. 2 août 1886, *S.*, 1886, 1, 417); aux cabines et au matériel d'un établissement de bains (Req. 9 déc. 1885, *S.*, 1886, 1, 201; *D. P.*, 1886, 1, 125; Caen, 26 mai 1886, *D. P.*, 1887, 2, 81); aux machines et décors d'un théâtre; à la vaisselle et à l'argenterie d'un restaurant (Alger, 26 mai 1909, *D. P.*, 1913, 2, 6), mais non à la cave, composée de choses fongibles, destinées à être consommées et qui, d'ailleurs, constituent l'objet même de l'exploitation (même arrêt).

4. *Affectation au service particulier d'une maison, d'un édifice quelconque.* — Rentrent dans cette catégorie les volets et fourneaux mobiles; les tapis des escaliers; les clefs des portes; les pompes à incendie; les objets consacrés au culte, placés dans une église, notamment l'orgue (Civ. 4 mai 1926, *D. P.*, 1927, 1, 125).

1355. Observations. Conditions de publicité. — Lorsque l'affectation est *commerciale* ou *industrielle*, la

jurisprudence ne lui reconnaît une vertu immobilisante qu'autant qu'elle est révélée extérieurement; il faut que le bâtiment, servant à l'exploitation, dénonce, par son aménagement même et par sa disposition, sa destination. Par exemple, les meubles d'un hôtel dont la destination n'est indiquée ni par son aspect extérieur, ni même par son aménagement intérieur, conservent leur caractère mobilier (Besançon, 13 avril 1892, *D. P.*, 1892, 2, 551). Comp. : Req. arrêt précité 2 août 1886; Toulouse 15 mars 1911 (*S.*, 1911, 2, 143). C'est une véritable *condition de publicité* qui est exigée, sinon par un texte de loi, du moins par la jurisprudence.

1356. *b*) **Deuxième procédé d'immobilisation. Attache du meuble à perpétuelle demeure.** — Aux termes de l'article 524 *in fine* « *sont aussi immeubles par destination, les effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* ».

Ce second procédé s'oppose au précédent en ce qu'il se résume, non plus dans une affectation idéale encore qu'effective, mais bien dans un *lien matériel* établi par le propriétaire entre les deux choses; car l'article 525, précisant la formule contenue dans le texte précédent, pose en principe que « *le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des objets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés au plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés* ». Voilà donc une définition légale de l'attache à perpétuelle demeure.

Après quoi, le même article 525 fait des applications, pour la plupart malheureuses, aux glaces d'un appartement, aux tableaux et autres ornements, aux statues.

1357. — Le système du Code civil est *entièrement critiquable*.

1. Il limite l'immobilisation des glaces, des tableaux et autres ornements, au cas où le parquet sur lequel ces objets sont attachés fait corps avec la boiserie. Ce point de vue est singulièrement étroit : l'adhérence matérielle peut se manifester autrement que par l'aménagement prévu par la loi; aussi notre jurisprudence se contente-t-elle d'une adhérence quelconque (Civ. 17 janv. 1859, *S.*, 1859, 1, 519; *D. P.*, 1859, 1, 68). C'est une première brèche pratiquée dans le système légal.

2. Quant aux statues, l'article 525 les proclame immobilisées du moment qu'elles sont placées « *dans une niche pra-*

tiquée exprès pour les recevoir » (al. 4), donc indépendamment de toute adhérence matérielle. Mais alors, ce n'est plus par perpétuelle demeure qu'elles se trouvent immobilisées, mais bien par affectation au service de l'immeuble.

3. Enfin, et surtout, il tombe sous les sens que lorsqu'un meuble est matériellement uni à un fonds, il est immobilisé non plus par destination, mais bien par incorporation, donc par nature. C'est le cas des balcons, des marquises, et aussi, nous l'avons noté, des tuyaux de conduite des eaux quoi qu'en dise l'article 523 : il ne dépend pas du législateur de destituer les objets de leur véritable nature; la vérité est plus forte que toutes les fictions.

Or, il est intéressant de constater qu'un bien, certainement immeuble, l'est par sa nature et non pas seulement par sa destination : les deux catégories de biens n'obéissent point aux mêmes règles.

1358. Différences entre les immeubles par nature et les immeubles par destination :

1. L'immobilisation par destination est soumise à des *conditions* rigoureuses qui ne sont pas requises dans les immeubles par nature; elles concernent parfois la *publicité* (*sup.*, n° 1355); d'autre part et surtout la première forme d'immobilisation ne peut émaner que du seul propriétaire des deux choses en présence (*sup.* n° 1353); au contraire, l'immobilisation par incorporation se réalise sans distinction tirée de la personnalité de l'auteur : un locataire ou un fermier peuvent faire des immeubles par nature (par exemple en installant des conduites d'eau ou des canalisations de gaz ou d'électricité); il leur est interdit de faire des immeubles par destination;

2. L'immobilisation par destination a des *effets* moins complets que l'immobilisation par nature, et cela parce que les meubles conservent, dans le premier cas, une individualité qu'ils perdent dans le deuxième. C'est ainsi que le vendeur d'un meuble conserve son privilège sur le meuble immobilisé par destination, tandis qu'il le perd si l'objet a été intégré dans un immeuble par nature (*Inf.*, t. II, n° 1860).

3. Au cas où le fonds est *exproprié* pour cause d'utilité publique, l'indemnité d'expropriation englobe la valeur des objets incorporés, mais non celle des immeubles par destination (instruments, bétail) que le propriétaire a la ressource de distraire de la chose principale, tout en réclamant, s'il y a lieu, une indemnité pour leur enlèvement (V. G. Baudry, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, t. I, n° 18).

Il est donc intéressant de constater que le législateur a commis, dans l'article 525, une série de bévues : c'est à l'interprète qu'il appartient de rétablir la situation dans son intangible réalité.

1359. Redevance minière. — Si le législateur a exagéré comme à plaisir le nombre des immeubles par destination, on peut estimer qu'il a commis un oubli en négligeant de parler de la *redevance minière*, dont les traits caractéristiques n'ont d'ailleurs été fixés qu'ultérieurement, par la loi du 21 avril 1810. Lorsqu'une mine est concédée à un tiers, à une société, le propriétaire exproprié se voit attribuer une indemnité qui revêt la forme d'une redevance : c'est la *redevance minière*. Or, cette redevance, encore qu'elle ait pour objet une somme d'argent, constitue un immeuble (art. 18 de la loi de 1810), et, à notre avis, un immeuble par destination. Ce qui le prouve, c'est qu'elle ne conserve le caractère immobilier qu'autant qu'elle est *unie à la surface*, c'est-à-dire seulement si elle appartient au propriétaire de ladite surface; si ce propriétaire la cède à une tierce personne, elle devient meuble. C'est donc qu'elle n'avait été immobilisée qu'à raison du lien l'unissant à la surface dont elle représente un *accessoire*; du moment qu'elle vit d'une vie propre, qu'elle s'affirme à l'état isolé, elle se mue en meuble. Elle était donc immeuble par destination, avec cette particularité que l'immobilisation portait ici sur un *bien incorporel*.

1360. En résumé, il y a donc véritablement deux catégories d'immeubles par destination :

1° Les *meubles corporels* affectés, par le propriétaire, au service ou à l'exploitation d'un fonds, *sans être matériellement incorporés à lui*;

2° Un *meuble incorporel* : la redevance minière, aussi longtemps qu'unie à la surface, elle représente un accessoire de celle-ci.

§ III. — BIENS IMMEUBLES PAR L'OBJET AUQUEL ILS S'APPLIQUENT

1361. Généralités. — Cette catégorie comprend exclusivement des *biens incorporels*, des *droits*.

Rigoureusement, un droit n'est ni meuble, ni immeuble; sa nature abstraite s'oppose à une classification de ce genre. Mais, étant donné que ladite classification est universelle, force était bien à notre législateur d'y faire rentrer même les biens incorporels. Il y est parvenu en prenant en considé-

ration, non les droits en eux-mêmes, mais les *objets* sur lesquels ils portent : un droit est mobilier si son objet est tel, immobilier s'il affecte un immeuble (art. 526).

1362. Critique du système légal. — Ce texte est bien mal rédigé; outre qu'on y chercherait vainement la directive générale que nous venons d'indiquer, il est très *incomplet* :

1° Il ne parle pas des *droits de créance*, auxquels cependant, et sans doute possible, le critère est applicable. Sont *mobilières* les créances qui portent sur les meubles, notamment les créances de sommes d'argent, et aussi les obligations de *faire* ou de *ne pas faire*, lesquelles ont pour objet un *fait* ou une *abstention* de l'homme; sont *immobilières*, les obligations de donner ou de livrer un immeuble (Req. 24 avril 1929, *D. H.* 1929, 283).

2° Le texte ne cite pas, il s'en faut, *tous les droits réels*, mais seulement l'*usufruit* (mobilier s'il porte sur un meuble, immobilier s'il grève un immeuble) et les *servitudes*, toujours immobilières puisqu'elles sont invariablement établies sur les immeubles. Il est muet quant à l'*usage*, à l'*habitation*, à l'*emphytéose*, à l'*hypothèque*, droits auxquels on s'accorde à faire application du critère général : c'est ainsi que l'*hypothèque* est immobilière ou mobilière selon qu'elle porte sur un immeuble ou, exceptionnellement, sur un bien mobilier (*Inf.*, t. II, n^os^ 1638, 1662 et suiv.).

Il ne faudrait pas reprocher au législateur de n'avoir pas mentionné le *droit de propriété* : on sait que, suivant une tradition constante, ce droit se confond avec son objet (*sup.* n° 1322) ; il est donc immeuble par nature ou par destination, non par l'objet auquel il s'applique. Il faut en dire autant du droit de *superficie* qui n'est qu'un droit de propriété limité aux édifices et aux plantations (*Inf.*, n° 1823) ;

3° Enfin, l'article 526 évoque, dans sa partie finale « *les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* ». Cette formule est deux fois critiquable :

a) Elle est *incomplète* : bien d'autres actions existent que la *revendication immobilière* : action *confessoire*, action *négatoire*, actions *possessoires*, actions en *résolution*, en *nullité*, en *rescision* d'une vente d'immeubles, etc. A toutes ces actions, il faut appliquer la maxime : « *actio quæ tendit ad immobile, immobilis est* ».

b) La formule est *surérogatoire* : car, dans notre droit français, les actions ne sont autre chose que les droits eux-mêmes, déduits en justice; par exemple, la revendication n'est autre que le droit de propriété en action devant les tribunaux. Il allait sans dire que la nature d'un droit ne

change pas selon qu'il est au repos ou suivant qu'il est judiciairement utilisé.

§ IV. — IMMEUBLES PAR DÉTERMINATION DE LA LOI

1363. Terminologie vicieuse. — Plus exactement, il s'agit ici de biens qui, naturellement meubles, sont immobilisés par une simple *déclaration de volonté* de leur propriétaire.

1364. Applications. — Il existe deux applications, sinon pratiques, du moins théoriques, de cette faculté de transformation :

1° Les *actions de la Banque de France* pouvaient autrefois être immobilisées par une déclaration de leur propriétaire, inscrite sur les registres de la société, dans la forme prescrite pour les transferts; l'immobilisation prenait fin par une déclaration en sens contraire (L. 17 mai 1834, art. 5). L'immobilisateur trouvait, dans l'opération, cet avantage de pouvoir désormais *hypothéquer* ses actions, devenues immeubles, et cet inconvénient d'être assujetti à la *contribution foncière*. En fait, il était préférable pour lui de recourir au *nantissement*, à la mise en gage des actions.

Aussi comprend-on que cette source d'immobilisation ait été tarie par le décret du 14 décembre 1936, article 9 : « *... la qualité d'immeuble ne pourra plus être conférée aux actions de la Banque dont l'immobilisation n'aura pas été requise avant la publication du présent décret.* » Quant aux titres dont l'immobilisation avait été requise antérieurement, ils conservent leur caractère immobilier, sauf si leurs propriétaires demandent qu'ils le perdent; dans ce dernier cas, ils ne pourront plus être immobilisés ultérieurement (art. 9, § 2 du décret);

2° Les *rentes sur l'Etat* sont, en principe, insusceptibles d'immobilisation. Il en va autrement si elles ont été acquises par des *communes*, des *établissements publics* ou *d'utilité publique*, en tant que placement de sommes reçues à titre de libéralités (Ord. 2 avril 1817, art. 6).

Section III. — LES MEUBLES

1365. Aperçu général. — La situation juridique est plus simple pour les meubles qu'elle ne l'est pour les immeubles.

1° D'une part, il n'existe pas de meubles correspondant à la catégorie des immeubles par destination : les biens mobi-

liers n'exercent pas sur les immeubles la force attractive que ceux-ci emploient parfois sur eux;

2° D'autre part, il n'y a pas de meubles *par simple déclaration de volonté*; il ne dépend pas du propriétaire d'un immeuble de lui imprimer, *par volonté unilatérale*, le caractère mobilier.

Il ne reste donc, semble-t-il, que deux catégories de meubles possibles : meubles *corporels* (ou meubles *par leur nature*) et meubles *incorporels*, ces derniers étant désignés par le Code civil sous la rubrique bien mal choisie de *meubles par la détermination de la loi* (art. 527).

Toutefois, à ces deux catégories essentielles, il convient d'en ajouter une troisième, connue sous le nom de : *meubles par anticipation*.

§ I. — MEUBLES PAR NATURE (MEUBLES CORPORELS)

1366. — Ce sont des **choses** mobiles de leur nature et qui, d'autre part, n'ont pas été immobilisées par destination : l'article 528 en distingue logiquement deux espèces, selon qu'ils peuvent se transporter eux-mêmes d'un lieu à un autre (*animaux*), ou qu'ils sont susceptibles d'être déplacés par l'effet d'une force étrangère (*meubles inanimés*, tels que des livres, des tables, des matériaux de construction, des tableaux, des bijoux, du linge, etc.). C'est dans cette deuxième catégorie que figurent les *meubles meublants* de l'article 534, c'est-à-dire ceux qui sont destinés « *à l'usage et à l'ornement des appartements* » : tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules.

La catégorie des meubles corporels s'est enrichie d'éléments nouveaux et toujours plus nombreux; certains d'entre eux présentent une très grande valeur : *navires, bateaux de rivière, aéronefs, bijoux, tableaux*.

§ II. — MEUBLES INCORPORELS (dits inexactement *par détermination de la loi*)

1367. Généralités. — Ce sont des *droits* à qui l'on pourrait appliquer le qualificatif de *meubles par l'objet auquel ils s'appliquent*; ce sont des droits mobiliers parce que portant sur des meubles, tels l'usufruit d'un meuble ou l'hypothèque établie sur un bien mobilier, ou encore une créance de somme d'argent.

L'article 529 a voulu préciser davantage : il l'a fait en des termes médiocres qui s'expliquent d'ailleurs par la date même à laquelle a été rédigée cette disposition : bien des

institutions se sont élargies et ont pris un immense essor qui, il y a plus d'un siècle, n'existaient pas ou existaient peu.

1368. — Envisageons successivement les *droits réels* et les *droits de créance*.

I. **Droits réels.** — Sont meubles incorporels, les droits réels qui portent sur des meubles : *usufruit* (art. 526, arg. *a contrario*), *hypothèque* établie sur un navire, sur un bateau de rivière, un aéronef, un fonds de commerce; le *droit de gage*, lequel ne peut porter que sur des biens mobiliers.

Quant au droit de *propriété*, il semble qu'il faille l'exclure de cette énumération : se confondant avec son objet, il se classe parmi les biens corporels, donc parmi les meubles corporels s'il porte sur un meuble.

1369. Propriétés incorporelles. — Cependant, cette induction n'est pas exacte pour toutes les propriétés; elle l'est bien pour les propriétés dites *corporelles*; elle ne l'est point pour les *propriétés incorporelles* qui, par cela même qu'elles confèrent à leurs titulaires des prérogatives moins intenses et moins étendues, *se détachent de leur objet*, échappent à la loi traditionnelle de la matérialisation et constituent donc, comme l'indiquent leur nom, des *meubles incorporels*. Tel est le cas des *offices ministériels*, des *droits d'auteur et d'inventeur* (propriété littéraire, artistique industrielle) et des *fonds de commerce* (voy. *inf.* n^{os} 1515 et suiv.).

1370. II. **Droits de créance.** — Ils sont mobiliers du moment que leur objet présente lui-même ce caractère : les créances de sommes d'argent sont le prototype de cette catégorie (art. 529); il faut citer encore les obligations de *faire* ou de *ne pas faire*.

Mais ce ne sont pas seulement les créances ordinaires qui sont visées par l'article 529, ce sont aussi deux variétés d'une grande complexité : les « *actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie* », et, « *les rentes, perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers* ».

1371. A. **Les rentes.** — Les rentes sont des créances dont le capital n'est point exigible : je verse à une compagnie d'assurances une somme de 100.000 francs, à charge par elle de me servir annuellement des *arrérages*, fixés par exemple à 10.000 francs; le droit qui m'appartient contre cette compagnie est précisément une rente; *crédirentier*, en aucun cas, je ne pourrai exiger du *débirentier* le rembour-

sement du capital que j'ai versé; je pourrai seulement prétendre à des prestations annuelles, à des arrérages qui sont, pour la rente, à peu près ce que des intérêts sont au regard d'une somme prêtée, et qu'il faut donc éviter de confondre avec elle, qui les produit.

1372. Diverses sortes de rentes. — La rente peut être *perpétuelle* ou *temporaire;* les rentes de cette dernière espèce sont le plus souvent des rentes viagères, établies à la mesure de la vie du crédirentier auquel elles ne survivent pas; elles peuvent aussi être envisagées jusqu'à l'arrivée d'un terme fixe, pour vingt années par exemple.

Perpétuelle ou temporaire, la rente peut être *foncière* ou *constituée,* suivant son *origine* : établie moyennant l'aliénation d'une somme d'argent, comme nous l'avons supposé jusqu'à présent, elle est dite *constituée*; instaurée moyennant l'aliénation d'un bien en nature, domaine, maison, on la dit *foncière.* Par exemple, je vends ma maison en stipulant, en guise de prix, que l'acheteur me servira une rente, perpétuelle ou temporaire, dont les arrérages sont fixés à 10.000 francs; cette rente est dite *foncière* parce qu'elle représente le prix de l'aliénation d'un *fonds.*

Il arrive parfois qu'une rente ne soit ni foncière, ni constituée, car elle peut procéder d'une libéralité : Primus, par une clause de son testament, charge son héritier Secundus, de servir à Tertius une rente qui a sa cause dans l'esprit de libéralité. La distinction entre les rentes foncières et les rentes constituées intéresse donc exclusivement les rentes constituées *à titre onéreux.*

1373. Utilité des rentes. — Dans notre ancien droit, grande était cette utilité : la rente foncière permettait d'acheter un immeuble sans que l'on fût obligé de débourser une grosse somme d'argent, facilité appréciable à une époque où les capitaux, les instruments de paiement, étaient bien moins abondants que de nos jours; quant aux rentes constituées, elles permettaient de tourner élégamment *la prohibition du prêt à intérêt; on ne prêtait pas ses capitaux,* c'était interdit, mais *on les aliénait* moyennant une rente, *à fonds perdu.*

Actuellement, les signes monétaires sont abondants et le prêt à intérêt est licite; aussi la constitution de rente a-t-elle perdu beaucoup de son importance pratique; cependant elle est pratiquée par celui qui, parvenu à un âge avancé, veut s'assurer des revenus importants avec un capital modeste, et elle l'est aussi, sous la forme constituée et à titre perpétuel, par l'Etat qui se procure, par ce procédé, des ressources exceptionnelles, sans être jamais obligé de restituer les capi-

taux qui lui sont versés, mais en se réservant la faculté de les rembourser si bon lui semble.

1374. Les rentes sont toutes des meubles incorporels. — *Dans tous les cas*, et quelles que soient les formes sous lesquelles elles se présentent, les rentes sont invariablement mobilières (art. 529, § 2) ; elles ont la position juridique de meubles incorporels, comme des créances ordinaires. Il y a là une innovation réalisée par le droit moderne, car, dans notre ancienne France, les rentes étaient traitées comme des immeubles, non seulement lorsqu'elles étaient foncières, mais aussi, ce qui était plus surprenant, si elles étaient constituées, au moins dans la majorité des coutumes; on voulait, par cette fiction complaisante, les faire bénéficier du traitement de faveur accordé aux *héritages*.

1375. B. **Les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie.** — La plupart des grandes entreprises modernes nécessitent des capitaux trop considérables pour être fournis par un seul individu; elles sont alimentées par les *mises*, les *apports* d'un grand nombre de participants qu'on appelle des *associés*, et qui reçoivent, en échange de leur contribution, des *parts sociales* auxquelles on donne le nom d'*actions* lorsque, comme il arrive ordinairement, elles sont *cessibles*, et qu'on qualifie d'*intérêts* dans le cas contraire : sous quelque forme qu'elles se présentent, elles sont l'expression sensible, la figuration des droits qui appartiennent à l'associé dans la société.

Or, aux termes de l'article 529, § 1, ces parts sociales sont invariablement *mobilières*, du moins dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie : ce sont des *meubles incorporels*.

1376. Explication de cette solution. — A première vue, la solution de l'article 529 semble facile à justifier : l'action ou l'intérêt donne droit : 1° à une part des bénéfices annuels; 2° éventuellement, après la dissolution de la société, à une part dans l'actif social, c'est-à-dire à une somme d'argent : du moment que les droits de l'associé sont des objets mobiliers, il est naturel qu'ils présentent eux-mêmes une nature mobilière.

Cependant, à la réflexion, une objection surgit : la société a un actif qui est assez rarement composé exclusivement de meubles, mais qui, *comme le suppose d'ailleurs expressément* l'article 529, peut comprendre également des immeubles; il arrive même qu'elle soit un très gros propriétaire foncier (c'est le cas, notamment, pour les compagnies d'assurances). Or, dans la réalité, les immeubles dépendant de

la société appartiennent aux associés qui sont donc des *propriétaires actuels* à concurrence de la millième ou de la cent millième partie des biens sociaux. Mais alors, l'action ou l'intérêt ne devraient pas être nécessairement et purement mobiliers; ils sont la représentation exacte de la consistance de l'actif social; ils sont donc, dans l'éventualité normale où cet actif comprend des meubles et des immeubles, pour partie mobiliers et pour partie immobiliers. Un droit de propriété établi sur un immeuble ne saurait être mobilier : or, l'action concrétise un droit de ce genre dans la mesure où l'actif social, dont elle est la représentation partielle, est lui-même immobilier.

1377. La personnalité morale. — Et alors, la solution donnée par l'article 529, § 1, devient énigmatique : pour résoudre le problème, on a fait appel au concept de la *personnalité morale*. Les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, constituent des personnes juridiques, distinctes des associés; c'est cette personne juridique qui est propriétaire des biens sociaux, et non pas les associés. Ceux-ci ont simplement contre elle un droit de créance dont le double objet (part dans les bénéfices annuels, part dans l'actif social), est exclusivement mobilier. Peu importe, dès lors, la composition de l'actif social; fût-il entièrement immobilier que les parts des associés n'en seraient aucunement influencées, puisqu'elles ne sont point représentatives des biens sociaux dont la propriété repose sur cet être moral, la société.

Par cette argumentation, on explique la disposition de l'article 529, et, du même coup, on dégage la personnalité morale des sociétés de commerce; on fait la preuve de cette personnalité que le législateur de l'époque napoléonienne ne proclama nulle part en des termes généraux et catégoriques.

Il est possible que cette interprétation soit divinatoire; on peut douter que les rédacteurs de Code civil aient entendu enfouir la personnalité morale des sociétés de commerce dans la formule de l'article 529, comme on cache un trésor à tous les yeux, et qu'ils aient ainsi proposé sciemment une sorte de rébus aux commentateurs de leur œuvre; peut-être bien se sont-ils laissé guider tout simplement, lorsqu'ils reconnaissaient aux parts des associés un caractère invariablement mobilier, par le désir d'en faciliter la transmission et de la soustraire à l'acquittement des droits fiscaux très élevés dont sont frappés les aliénations immobilières. Mais, quoi qu'il en soit, l'explication par la personnalité morale a prévalu, et on le comprend aisément, puisqu'elle permettait de retrouver une notion nécessaire, fâcheusement obs-

curcie par les rédacteurs de la codification napoléonienne.

1378. Portée de la disposition. — Seulement, l'art. 529 ne vise nommément que les actions ou intérêts *dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie*, c'est-à-dire, en définitive, dans les sociétés de commerce; et, effectivement, pendant longtemps, les *sociétés civiles* furent considérées comme dépourvues de la personnalité morale, en sorte que les parts, représentatives de l'actif social, étaient mobilières et immobilières dans la proportion même où celui-ci était mobilier ou immobilier. Mais un jour est venu où l'argument de texte *a contrario* ainsi puisé dans l'article 529 n'a plus paru décisif à la jurisprudence; comme nous l'avons déjà noté, la Cour de cassation a reconnu, en 1891, la personnalité morale aux sociétés civiles elles-mêmes dont les parts sont alors devenues invariablement mobilières, en application de la formule de l'article 529 (*Sup.*, n° 189).

C'était un premier accroc fait à la lettre du texte; on en fit un autre en décidant que les parts sociales conserveraient leur caractère mobilier même après la dissolution, et non pas seulement, comme le dit l'article 529, § 1, *in fine*, « *tant que dure la société* »; c'est qu'en effet la personnalité morale se survit en quelque sorte à elle-même, pour les besoins de la liquidation (*Sup.*, n° 192).

§ III. — MEUBLES PAR ANTICIPATION

1379. Bibliographie. — L. Josserand, *Les mobiles*, n^os^ 298 et suiv.; Fréjaville, *Des meubles par anticipation*, thèse, 1927.

1380. Principe général. — En thèse générale, la nature, mobilière ou immobilière, d'un bien, ne dépend pas de la volonté de l'homme; la théorie de la distinction des biens est d'ordre *objectif* et elle présente un caractère *d'ordre public*.

1381. Dérogations. — Cependant, nous avons vu :

1° Qu'un meuble devient immeuble à raison de l'*affectation* qui lui a été donnée par son propriétaire (*Sup.*, n^os^ 1350 et suiv.);

2° Et même, que ce résultat pouvait être obtenu, pour ce qui est des *actions de la Banque de France* et jusqu'en 1936 inclusivement, par une simple déclaration unilatérale (*Sup.*, n° 1364).

1382. Mobilisation par anticipation. — Une nouvelle dérogation doit maintenant être signalée qui est représentée par la théorie dite de la *mobilisation par anticipation* : un

bien, actuellement et certainement immobilier, est susceptible de revêtir le caractère mobilier à raison des tractations dont il a été l'objet, de l'angle sous lequel il a été considéré par les parties qui l'ont envisagé, non dans sa forme actuelle, mais dans sa destinée future, dans sa virtualité. Ce sont, par exemple, des récoltes qui sont vendues sur pied : actuellement, elles sont immeubles, voire immeubles par leur nature (*Sup.*, n° 1348) ; néanmoins, à raison du but poursuivi par les parties, de la destinée prochaine de l'objet de la vente, on considère que cet objet est mobilier et que la vente elle-même est donc mobilière.

Il faut remarquer :

1° Que ce n'est plus la volonté *unilatérale* qui opère ce miracle juridique de la transmutation d'un immeuble en meuble; elle n'y suffirait point; la volonté contractuelle seule peut réaliser cet objectif; il y faut un *accord de volontés*; les arrêts se réfèrent constamment à la *commune intention des parties*, au *point de vue* auquel elles se sont placées (Civ., 25 janv. 1886, *D. P.*, 1886, 5, 39; Req., 24 mai 1909, *S.*, 1911, 1, note Naquet; *D. P.*, 1910, 1, 489, note de Loynes) ;

2° La mobilisation n'intéresse qu'une période de temps assez courte; elle n'est point durable, puisqu'elle intervient *in extremis*, à un moment où l'immeuble est destiné à devenir prochainement un meuble véritable, où, par exemple, les récoltes seront levées, conformément à leur destinée normale.

1383. Puissance des mobiles et du but. — Si le bien vendu est considéré, par anticipation, comme un meuble, c'est évidemment à raison des *mobiles* auxquels les parties ont obéi en contractant à son occasion et du *but* qu'elles se proposaient d'atteindre : le *mobile-but* est ici décisif; il réagit et sur la nature de l'objet du contrat et sur le contrat lui-même, encore cependant qu'il n'en représente nullement l'un des éléments constitutifs et qu'il ait, par rapport à l'opération juridique à laquelle il se rattache, un caractère extrinsèque; les parties ont considéré l'objet du contrat *in futurum*, en tant que détaché du fonds auquel il adhère encore; elles ont fait une *anticipation d'ordre intellectuel* qui explique et qui détermine la *mobilisation par anticipation*; en devançant les événements, leur volonté a imprimé à un bien le caractère qu'il aura prochainement; le présent s'abolit dans l'avenir parce que c'est l'avenir que les parties contractantes ont eu en vue.

1384. Applications. — Ce n'est pas seulement aux *récoltes sur pied* proprement dites que la jurisprudence fait

application de la théorie de la mobilisation par anticipation; c'est aussi aux *arbres* vendus pour être abattus, sans distinguer selon les termes dans lesquels la convention est intervenue (ventes d'arbres ou cession d'une coupe), ni d'après l'importance de l'opération et quand bien même elle porterait sur une forêt entière, ni enfin suivant l'état des arbres (taillis, haute futaie, aménagée ou non); c'est aussi à toutes les *matières minérales* incorporées dans le sol, sable, chaux, pierre, argile, calcaire, bauxite; les produits d'une mine ou d'une carrière, encore qu'intégrés actuellement au sol, sont mués prématurément en meubles lorsqu'ils sont envisagés par les parties sous l'angle de leur destinée future; et c'est aussi aux *maisons*, aux *bâtiments quelconques* qui seraient vendus en vue d'être démolis (Civ., arrêt précité, 25 janvier 1886).

1385. Intérêts de la mobilisation par anticipation. — Cette mobilisation contractuelle et anticipée est fertile en conséquences :

1° Si la vente suscite un litige, le tribunal compétent sera, non pas celui de la situation de la chose vendue, mais bien celui du domicile du défendeur : *actor sequitur forum rei*; on est, en effet, en matière mobilière;

2° Si l'acheteur ne retire pas la chose dans le délai convenu, la vente est résolue au profit du vendeur, de plein droit et sans sommation, car il s'agit d'une vente de meubles (art. 1657; *inf.*, t. II, n° 1128);

3° Mais l'acheteur ne saurait exciper de l'article 1619, écrit pour les ventes d'immeubles, en vue d'exiger une diminution du prix à raison d'un déficit sur la contenance de la chose vendue, par exemple de la forêt à exploiter;

4° L'acheteur d'un bien mobilisé par anticipation ne saurait prétendre à la *protection possessoire*, spéciale aux immeubles (Req., 14 fév. 1899, *D. P.*, 1899, 1, 246);

5° La vente n'est pas sujette à transcription; en conséquence, le conflit qui s'élève entre l'acheteur d'un domaine et le marchand de bois qui avait traité antérieurement pour l'abatage des arbres, doit être tranché sans que le premier puisse opposer au second le défaut de transcription de son titre; et c'est l'acheteur de la coupe qui l'emporte s'il avait pris possession effective des arbres, par exemple en les marquant (Amiens, 24 oct. 1922, *S.*, 1923, 2, 6; trib. civ. Marmande, 13 juill. 1931, *Rev. trim.*, 1931, p. 920);

6° Enfin, le *fisc* lui-même déduit logiquement de la mobilisation anticipée que la vente comportera uniquement le *droit de mutation* applicable en matière mobilière, sensiblement inférieur à celui qui frappe la vente d'immeubles (*inf.*, t. II, n° 1131).

TITRE II

L'APPROPRIATION DES BIENS
(Propriété et possession)

1386. Sources. — C. civ., livre II, titre I, art. 544 et suiv.; livre III, titre XX, chap. II, art. 2228 et suiv.

Bibliographie. — *Sur la possession :* Ihering : *Fondement de la protection possessoire; rôle de la volonté dans la possession;* Savigny, *Traité de la possession;* Saleilles, *Eléments constitutifs de la possession; la possession des meubles;* G. Cornil, *Traité de la possession* (droit romain); Cardahi, *La possession en droit ottoman, Rev. crit.*, 1926, p. 261.

Sur la *propriété* : De Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives;* De Foville, *Etudes économiques et statistiques sur la propriété foncière;* F. Roger, *La réforme du régime foncier en France;* H. Hayem, *Le droit de propriété et ses limites;* G. Renard et L. Trotabas, *La fonction sociale de la propriété privée*, 1930; G. Cornil, *Le problème juridique de la propriété*, 1931; Maurice Picard, *Les biens, Dans le traité pratique de droit civil français*, de Planiol et Ripert, t. III.

1387. Généralités. — Dans une communauté primitive, l'*appropriation* des biens revêt une forme unique, simple et brutale : la *prise de possession* : celui-là s'est approprié une chose et en est considéré comme le maître qui exerce sur elle une maîtrise effective.

Par la suite, lorsque la société est parvenue à un stade supérieur et que les pouvoirs publics sont organisés, la notion du droit s'infiltre dans l'appropriation des biens comme dans les autres manifestations de l'activité humaine; la notion s'épure et on aperçoit une distinction entre le *fait* et le *droit*.

Le *fait*, c'est, comme jadis, comme toujours, le pouvoir physique sur une chose, la maîtrise : il n'est d'ailleurs pas

dépourvu d'importance juridique. Le *droit*, c'est le *pouvoir juridique* sur les biens, acquis et conservé en conformité de la loi, c'est-à-dire de la conscience collective. Et on arrive ainsi, assez rapidement, à différencier la *possession*, pouvoir, appropriation de fait, de la *propriété*, pouvoir, appropriation de droit. (G. Cornil, *Le problème juridique de la propriété.*) Le *voleur* possède, intensément, mais il n'est point propriétaire parce qu'il n'a pas acquis le bien conformément à la conscience de la collectivité : cet exemple suffit à dénoncer les frontières qui séparent les deux domaines de la possession et de la propriété.

Frontières apparentes, d'ailleurs, plutôt qu'effectives, au moins en quelque mesure : au vrai, une propriété est encore une possession, mais une possession de qualité supérieure, une possession de choix, officielle, reconnue et sanctionnée par les pouvoirs publics; vis-à-vis de la possession purement matérielle, elle occupe une situation comparable à celle qui est réservée au mariage par rapport à l'union de fait.

Bien entendu, les deux formes d'appropriation subsistèrent côte à côte; le législateur ne saurait se désintéresser du pouvoir physique, du contact matériel avec une chose; il le peut d'autant moins que si, dans l'immense majorité des cas, possession et propriété coïncident, si les biens sont ordinairement entre les mains de leurs légitimes propriétaires, cette concordance est loin d'être constante : fréquemment, la possession ou la simple détention sont exercées, légitimement ou illégalement, par des *non domini* : voleurs, usurpateurs, fermiers, locataires, emprunteurs, etc. Les deux notions affirment alors leur indépendance, laquelle est fatale : on n'imagine pas que tous les biens soient, à tout moment, entre les mains du propriétaire. Et c'est pourquoi une grave question se pose au législateur qui doit fixer les rapports juridiques de la possession, puissance de fait, avec la propriété, pouvoir de droit.

1388. Problème de la protection possessoire. — Les rapports en question seront, pour beaucoup, des rapports de dépendance, mais jusqu'à quel point? Dans quelle mesure la possession est-elle liée à la propriété dont elle constitue l'image, le reflet? A quels égards doit-elle en être reconnue indépendante? C'est là le grave problème dit de la *protection possessoire*, résolu très différemment selon les pays et suivant les époques.

Conception romaine et française. — Le droit *romain* — et notre droit *français* davantage encore — ont lié fort étroitement le fait et le droit; ils ont intensifié la dépen-

dance de la possession vis-à-vis de la propriété; ils ont fait de la première la *vassale* de la deuxième, en ce sens qu'elle n'est protégée, ou peu s'en faut, que dans l'intérêt de la propriété : les hommages rendus à la possession le sont, en définitive, à la propriété; derrière le fait, c'est le droit que l'on aperçoit et que l'on protège. Ce point de vue a été admirablement décrit par Ihering dans ses ouvrages, devenus classiques, ci-dessus mentionnés : suivant ses expressions, la possession est, dans cette conception, la *visibilité de la propriété*; le législateur la protège *en tant que position avancée de la propriété*.

Conception moderne. — Les législateurs *allemand* et *suisse* ont adopté une thèse très différente; à leurs yeux, la possession a une valeur *intrinsèque*, une valeur *économique* qui la rend digne de protection pour elle-même; elle n'est pas un pur fait, mais un droit ou une source de droits; elle affiche une réelle indépendance vis-à-vis de la propriété (Saleilles, *La possession des meubles*).

1389. Plan. — A raison du lien étroit que notre droit français établit entre la possession et la propriété, il doit être traité de la première à l'occasion de la seconde; nous étudierons donc, dans une série de chapitres :

1° La *possession*;
2° La *nature du droit de propriété corporelle unitaire*;
3° Les *diverses formes* de la propriété;
4° La *protection et la preuve* de la propriété;
5° L'*acquisition* de la propriété;
6° Les *restrictions*, les *limitations* dont elle est susceptible.

Chapitre premier

La possession

1390. Définition. — La possession, du moins lorsqu'on l'oppose à la propriété — nous négligeons, dans ce chapitre, ce que les Romains appelaient la *possessio juris* ou *quasi-possessio*, laquelle correspond aux droits autres que celui de propriété — consiste dans un pouvoir physique, dans une maîtrise sur une chose : *possessio rei*.

Cette maîtrise peut — et c'est le cas normal — coïncider avec le pouvoir juridique, comme elle peut s'opposer à lui, exister sans lui : nous l'avons déjà noté, le voleur, l'usurpateur sont des possesseurs, non des propriétaires.

1391. Plan. — Malgré cette indépendance de fait, la possession est étroitement liée, dans notre droit français, au concept de la propriété, sauf exceptions. Pour la caractériser, nous étudierons d'abord le *principe*, à savoir la *dépendance* de la possession vis-à-vis de la propriété; après quoi nous envisagerons les *dérogations* en recherchant dans quelle mesure, à quels points de vue, s'affirme l'*indépendance* des deux notions.

Section I. — DÉPENDANCE DE LA POSSESSION VIS-A-VIS DE LA PROPRIÉTÉ

1392. Plan. — Cette dépendance, qui constitue la règle, s'affirme aux trois points de vue suivants :

1° Sont seules et sont toujours susceptibles de possession les choses qui comportent la propriété;

2° Ceux qui détiennent une chose en vertu d'un titre exclusif de la qualité du propriétaire ne possèdent point;

3° Plus la possession imite la propriété et plus énergiquement elle est protégée, plus elle a une tendance à aboutir à la propriété.

§ I. — SONT SEULES ET SONT TOUJOURS SUSCEPTIBLES DE POSSESSION LES CHOSES QUI COMPORTENT LA PROPRIÉTÉ

1393. I. Du moment qu'une chose répugne à la propriété, elle répugne par cela même à la possession. — Il faut donc écarter tous les biens qui *ne sont pas dans le commerce* et notamment ceux qui font partie du *domaine public* : l'article 2226 consacre, en matière de *prescription*, une importante application de cette règle; nous la retrouverons en étudiant cette institution (*inf.*, n° 1573).

Pour la même raison, les *universalités de droit ne comportent* point la possession : hérédités; fonds de commerce (Comp. Civ., 26 janv. 1914, *S.*, 1920, 1, 27).

1394. — II. A l'inverse, du moment qu'une chose comporte la propriété, elle est susceptible de possession, qu'elle soit *mobilière* ou *immobilière*, qu'elle soit sous la maîtrise d'une personne humaine ou d'une personne morale.

§ II. — CEUX QUI DÉTIENNENT UNE CHOSE EN VERTU D'UN TITRE EXCLUSIF DE LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE NE POSSÈDENT POINT.

1395. Position de la question. — Il est des personnes qui détiennent une chose de façon parfaitement correcte et légitime, mais en vertu d'un titre qui vaut de leur part reconnaissance de la propriété d'autrui : tels les *locataires* d'une maison, le *fermier* d'un domaine; le titre qui justifie leur détention, à savoir le *bail* qui leur a été consenti, prouve qu'elles ne sont pas les propriétaires de l'immeuble, lequel leur a été donné à bail par autrui. On dit de ceux-là qu'ils sont de *simples détenteurs*, ou encore des *possesseurs précaires*, *à titre précaire*; s'ils possèdent, ce n'est pas pour leur propre compte, mais bien pour le compte d'autrui (Comp., art. 2230 et 2231); le propriétaire possède indirectement et par leur intermédiaire (Req., 16 juill. 1928, *S.*, 1928, 1, 318).

1396. Les applications. — Ce ne sont pas seulement le locataire et le fermier qui sont dans cette situation juridique, mais tous ceux qui ont un titre récognitif de la propriété d'autrui : *dépositaires*, *mandataires*, *commodataires* (emprunteurs à usage), *créanciers gagistes*, et aussi les *domestiques*, les *employés*; un *cocher* ne possède pas véritablement le cheval et la voiture de son maître, pas plus que le *chauffeur* ne possède l'automobile dont la conduite et l'entretien lui ont été confiés.

1397. Présomption de possession véritable. — Malgré tout, les situations de ce genre constituent pratiquement l'exception; aussi la loi présume-t-elle que toute possession est exercée à titre personnel et non pas pour le compte d'autrui (art. 2230) : c'est à l'adversaire de prouver la précarité de la possession qui lui est opposée.

1398. Pérennité de la précarité. — En principe, une possession née précaire demeure telle; il y a là une tare originelle qui ne saurait disparaître, qui ne serait même pas purgée par le décès du détenteur : après lui, ses héritiers, mis en ses lieu et place, sont eux-mêmes des possesseurs précaires (art. 2237), et cela quand bien même ils seraient de bonne foi, ignorant que leur auteur était un simple détenteur : à cet égard, la bonne foi ne crée pas le droit.

Cependant, cette règle de la pérennité de la précarité n'est pas absolue; l'article 2231 suppose qu'une possession, d'abord précaire, peut se muer en une possession véritable, à titre de propriétaire. Et, en effet, le titre primitif, source de la précarité, peut être *interverti*.

1399. Interversion du titre. — L'interversion peut provenir soit *du fait d'un tiers*, soit *du fait du détenteur* lui-même (art. 2238).

1° *Interversion du fait d'un tiers.* — Le possesseur précaire se trouve de détenir la chose en vertu d'un titre nouveau qui, celui-là, est un titre de propriétaire : c'est, par exemple, un fermier qui achète le domaine ou qui le reçoit en tant que légataire ou en tant qu'héritier. Désormais, il détient le fonds en vertu d'un titre non récognitif du droit d'autrui; il y a eu substitution d'un titre de propriétaire à un titre de détenteur; il s'est opéré comme une *novation* par changement de cause; rien ne s'oppose désormais à ce que la possession s'exerce à titre de propriétaire;

2° *Interversion du fait du détenteur.* — Le détenteur oppose une contradiction au droit du propriétaire; il s'insurge contre son titre; il affirme ainsi catégoriquement sa volonté de posséder désormais pour son compte personnel, et cela soit au cours d'une instance, soit en dehors de tout litige : par exemple, fermier, il se refuse au paiement du fermage en alléguant qu'il est propriétaire du fonds.

Grâce à cette offensive, le titre se trouve purgé de son caractère de précarité, ou, plus exactement, ce titre lui-même est mis en question : le lien de dépendance est rompu et le détenteur a séparé sa cause de celle du prétendu propriétaire qu'il cesse de représenter désormais.

1400. Appréciation du système français. — Cette conception de la possession précaire est un legs du droit *romain*, dont le mérite est fort contestable. En droit *allemand*, tout individu qui exerce véritablement un pouvoir de fait, une maîtrise sur une chose, a la qualité de possesseur véritable : locataires, fermiers notamment (C. civ. allemand, art. 854); et le droit *suisse* s'est rallié à cette conception; l'article 919 du Code civil fédéral définit le possesseur « *celui qui a la maîtrise effective de la chose* »; exception est faite seulement, dans l'article 855 du Code civil allemand, pour ceux qui n'exercent le pouvoir de fait qu'à raison d'une situation dépendante les obligeant à se conformer aux instructions du maître; le domestique, le cocher, le chauffeur ne possèdent point; ceux-là n'ont pas une

maîtrise véritable, ils n'agissent que par une sorte de délégation constante impliquant, pour eux, un état de subordination.

C'est, on le voit, l'idée *économique* qui prend la place du concept purement *juridique*, on serait tenté de dire *étroitement juridique*, de la tradition romaine; ce qui exclut la possession véritable, c'est moins le titre initial que la situation de dépendance : et il est bien certain que, dans la réalité des choses, un locataire possède pour lui-même, non pour le compte du bailleur, de même que le fermier fait ses propres affaires, non celles du propriétaire (Voy. Saleilles, article précité dans la *Rev. critique*).

§ III. — PLUS LA POSSESSION IMITE LA PROPRIÉTÉ ET PLUS ÉNERGIQUEMENT ELLE EST PROTÉGÉE, PLUS ELLE TEND À LA PROPRIÉTÉ.

1401. Effets produits par la possession. — La possession produit des effets d'autant plus nombreux et d'autant plus énergiques qu'elle imite davantage la propriété, qu'elle en reproduit plus exactement l'image.

Nous en ferons l'épreuve en supposant :

1° Une possession de qualité moyenne, pouvant conduire à la prescription, c'est-à-dire, une possession dite *utile*, une possession *ad usucapionem*;

2° Une possession de qualité supérieure : *de bonne foi*;

3° Une possession *vicieuse*;

4° Enfin, une simple *détention*.

1402. I. Possession utile, *ad usucapionem*. — Un individu entre en possession de l'immeuble d'autrui; il s'y installe paisiblement et ouvertement : sa possession, de *mauvaise foi*, n'est du moins pas vicieuse.

A. Elle lui confère *sur-le-champ* différents avantages :

1° Elle l'investit, à l'occasion, d'une action dite *réintégrande* donnée à tout possesseur violemment dépossédé. Dans l'opinion la plus sûre, cette action n'est pas une action *possessoire;* c'est une action *personnelle*, une action *délictuelle*, destinée à garantir la paix sociale, à sanctionner ce grand principe que nul ne doit se faire justice à soi-même; celui qui est dépossédé par la violence doit, avant toute chose, être réintégré : *spoliatus ante omnia restituendus*; après quoi, on recherchera, s'il y a lieu, qui est possesseur et qui est propriétaire. (Civ., 5 avril 1841, *S.*,

1841, 1, 295; 4 juin 1904, *D. P.*, 1904, 1, 475; 14 fév. 1912, *S.*, 1912, 1, 132; Maurice Picard, *op. cit.*, nos 206 et suiv.) Cette action est très libéralement accordée; elle l'est à tout possesseur, dès le début de sa possession;

2° La possession assure à celui qui en est investi une situation excellente dans le procès qui pourra s'engager sur la *question de propriété*; si le véritable propriétaire agit en revendication contre l'usurpateur, celui-ci sera, à raison de sa possession, doublement protégé;

a) Il sera défendeur au procès; il n'aura donc rien à prouver; c'est à l'assaillant qu'incombe le fardeau de la preuve : *actori incumbit probatio*. S'il ne parvient pas à prouver qu'il est propriétaire, le défendeur restera sur ses positions : *in pari causa melior est causa possidentis*. Ici se vérifie donc l'exactitude de cette parole de Ihering que la possession est un ouvrage avancé de la propriété; elle constitue un excellent retranchement pour le combat judiciaire;

b) D'autant plus — et c'est le second avantage annoncé — que le demandeur en revendication ne peut pas utiliser toutes les armes; d'après une jurisprudence constante sur laquelle nous reviendrons (*Inf.*, n° 1560), il n'a à sa disposition que deux modes de preuve : le *titre*, la *prescription*.

En somme, c'est une véritable *présomption de propriété* qui couvre le possesseur;

3° Il est admis que le possesseur d'un immeuble par nature peut immobiliser par destination des meubles en les affectant au service ou à l'exploitation du fonds (*Sup.*, n° 1353);

4° Il est possible que la possession fasse acquérir instantanément au possesseur la propriété, par le mécanisme de l'*occupation*, ce qui suppose qu'elle porte sur une *chose mobilière sans maître*, une *res nullius* (*Sup.*, n° 1328; *inf.*, nos 1676 et suiv.).

Voilà des effets que la possession est susceptible de produire instantanément; mais, si elle se prolonge, de nouveaux effets viendront s'ajouter à ceux-ci.

1403. B. **Avantages attachés à une possession prolongée :**

1° Après *une année* de possession, celui qui en est investi acquiert ce qu'on appelle la *saisine possessoire*, et, par là, le droit à la *protection possessoire*, le droit aux *actions possessoires* qui sont la *complainte* et la *dénonciation de nouvel œuvre*.

La *complainte* est l'action possessoire par excellence; elle peut être exercée du moment qu'un trouble, de fait ou de

droit, est apporté à la possession [1]; tandis que la *dénonciation de nouvel œuvre* entre en jeu dans une éventualité particulière, afin d'obtenir la suspension de travaux qui, s'ils étaient continués, provoqueraient un trouble dans la possession.

Ces deux actions appartiennent à tout possesseur pouvant invoquer une possession annale, exempte de vices; elles rentrent dans la compétence du *juge de paix* qui ne statue jamais qu'à charge d'appel; elles doivent être exercées dans l'année du trouble ou de la dépossession subis, comme, d'ailleurs, la réintégrande elle-même (Civ., 16 déc. 1929, *S.*, 1930, 1, 100).

Il faut noter que ce sont des actions *toujours immobilières*; conformément à la tradition, pour des raisons déjà énoncées (*Sup.*, n° 1343) et sur lesquelles nous reviendrons, les meubles ne bénéficient pas de la protection possessoire : c'est que, en matière mobilière, posséder c'est être propriétaire, ce qui ne laisse point de place aux actions possessoires : *en fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279, § 1); en sorte que possession et propriété ne font qu'un et que c'est sur le terrain de la propriété que le différend s'engage : au *pétitoire* et non au *possessoire*.

En matière immobilière, au contraire, la possession peut être, en fait comme en droit, distincte de la propriété, et c'est ce qui donne à la protection possessoire toute sa valeur et toute son utilité. Celui qui, au retour d'un long voyage, trouve, à son retour, un tiers installé dans son domaine, a intérêt à agir au possessoire plutôt qu'au pétitoire, parce qu'il n'aura pas à faire la preuve de son droit de propriété, mais seulement celle de sa possession pendant une année, ce qui est relativement aisé; il exercera la complainte; après quoi, ayant triomphé au possessoire il attendra son adversaire qui, s'il juge à propos d'agir au pétitoire, occupera la situation défavorable de demandeur et assumera, en cette qualité, le fardeau intégral de la preuve.

Mais, en thèse générale, les actions possessoires ne peuvent pas être exercées entre contractants; c'est contre des tiers seulement qu'elles sont susceptibles d'être dirigées (Req., 21 oct. 1929, *D. H.*, 1929, 489);

2° Après une possession de *trente années*, le possesseur pourra invoquer la *prescription* dite *acquisitive* : à supposer qu'il ne fût pas propriétaire antérieurement, il est désormais présumé tel, grâce au mécanisme de l'*usucapion*

[1] Le trouble possessoire peut résulter de travaux effectués par l'auteur du trouble sur sa propriété même (Req. 23 fév. 1937, *D. H.* 1937, 218)

trentenaire (*Sup.*, n^os^ 1565 et suiv.). Cette observation est exacte et trouve son application même pour les *meubles*.

Il arrive même que la possession immobilière aboutira plus tôt à la propriété, grâce à la *prescription de dix à vingt ans* (*Inf.*, n^os^ 1756 et suiv.); mais cela suppose qu'elle était de qualité supérieure, que celui qui l'exerçait était de *bonne foi* : nous arrivons ainsi à l'examen de cette possession de choix qui va produire des effets supplémentaires.

1404. II. Possession de bonne foi. — La possession est de bonne foi lorsque celui qui l'exerce croit être propriétaire, par exemple lorsque ayant acheté un bien, il a pensé faussement traiter avec le propriétaire tandis qu'il avait affaire à un *non dominus*.

Cette possession-là est de meilleure qualité que la précédente; elle a pour elle toutes les apparences; elle semble bien être l'extériorisation d'une légitime propriété; aussi est-elle pourvue d'une efficacité particulière.

1° En *matière immobilière*, le *délai de l'usucapion* est considérablement abrégé : de trente années, il est ramené à une période qui s'échelonne de *dix à vingt ans* suivant une distinction qui sera présentée par la suite (*inf.*, n° 1768) : la possession de bonne foi aboutit donc, plus vite que celle de mauvaise foi, à la propriété;

2° S'il s'agit d'un *meuble corporel*, le résultat est plus singulier : le possesseur de bonne foi devient *instantanément* propriétaire, non pas en vertu d'un titre, mais par l'effet de la possession qui, en l'occurrence, « *vaut titre* » (art. 2279, § 1) : c'est sur-le-champ que la possession aboutit alors à son prototype, la propriété;

3° Si la chose possédée de bonne foi est *frugifère*, si elle donne des *revenus*, le possesseur acquiert ceux-ci définitivement, encore qu'il vienne plus tard à être évincé : *il fait les fruits siens*.

Nous rencontrons ainsi sur notre route une théorie importante, celle *de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi*.

1405. Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. — Deux textes y sont consacrés, les articles 549 et 550.

Définitions. — Les *fruits* ne sont autre chose que les revenus : c'est tout ce qu'un capital produit *périodiquement* et sans *diminution de sa substance* : 1° les fruits de la terre, les récoltes, qui sont des *fruits en nature*; 2° les *loyers* et les *fermages*, les intérêts des capitaux placés, les arrérages de rentes, les dividendes alloués aux actionnaires d'une société

(Civ., 21 oct. 1931, *D. P.*, 1933, 1, 100), etc.; qui sont des *fruits civils*, c'est-à-dire des *fruits en argent*.

Aux *fruits* on oppose les *produits*, au sens strict du mot, qui sont bien, eux aussi, donnés par une chose, par un capital, mais qui ne présentent pas les deux caractères ci-dessus indiqués : ils manquent ordinairement de périodicité, et surtout ils sont pris sur la substance même de la chose dont ils sont partie intégrante : tels des arbres de haute futaie, des matières extraites d'une mine ou d'une carrière : après l'abatage des arbres, après l'extraction des matières minérales, le fonds a diminué de valeur : on a pris sur sa substance même.

Cette distinction entre fruits et produits est capitale; elle présente de nombreux intérêts, un entre autres que nous rencontrons ici, en étudiant la possession de bonne foi.

1406. A qui appartiennent les fruits et les produits. — Lorsqu'un bien est entre les mains d'un possesseur *non dominus*, à qui vont aller les fruits et les produits?

Pour les *produits*, la solution est constante : c'est au propriétaire qu'ils appartiennent, invariablement (art. 546) ; s'il triomphe dans l'instance en revendication, le possesseur évincé devra donc lui restituer, outre la chose principale, tous les produits *stricto sensu* qui en étaient sortis.

Pour les *fruits*, il faut distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi : ce dernier ne les acquiert pas, il doit les restituer intégralement, rétrospectivement; au contraire, le possesseur de bonne foi les conserve, car il les a faits siens, *au moins jusqu'au jour de la demande* en revendication : pour la suite, il est tenu à restitution, non pas qu'il ait été, du seul fait de la demande dirigée contre lui, fatalement constitué de mauvaise foi (il peut croire en la justice de sa cause) ; mais parce qu'on veut mettre le propriétaire triomphant dans la situation où il serait s'il avait obtenu gain de cause sur l'heure; les lenteurs de la justice ne doivent pas lui préjudicier. Sous le bénéfice de cette réserve imposée par les principes généraux du droit, le possesseur de bonne foi fait les fruits siens et les conserve donc définitivement (art. 549).

1407. Justification de la distinction légale. — Pour comprendre le système légal, il faut se rappeler que les fruits sont des revenus, qu'ils sont donc, à ce titre, destinés à être dépensés *lautius vivendo*. Dès lors, en obligeant le possesseur évincé à les restituer rétrospectivement, on lui fait subir en réalité une lourde perte, on risque même de consommer sa ruine, car le montant des revenus perçus

pendant vingt ou vingt-cinq ans sera peut-être supérieur à la valeur de la chose elle-même qui les a donnés. Ce traitement rigoureux est mérité par le possesseur de mauvaise foi qui, par hypothèse, savait à quoi s'en tenir, et avait dû songer que l'heure sonnerait un jour de la restitution : on n'a pas de scrupules à gourmander et à châtier un *usurpateur*; on doit au contraire avoir des égards pour un possesseur de bonne foi pour qui la survenance et le triomphe du légitime propriétaire sont une douloureuse surprise et qui n'avait pas pu prévoir l'éventualité d'une restitution. Il est possible qu'aucune faute, qu'aucune imprudence ne soient à lui reprocher, alors qu'au contraire son adversaire victorieux a peut-être eu le tort de ne pas surveiller ses intérêts d'assez près : tout ce qu'on peut exiger de celui qui est victime d'une erreur, c'est la restitution de la chose elle-même, abstraction faite des revenus qu'elle a antérieurement produits et qu'il conservera définitivement.

La distinction établie par le législateur est donc rationnelle : il est juste que la bonne foi serve de fondement, et de *fondement quasi exclusif*, à l'acquisition des fruits par le possesseur.

1408. Rôle de la bonne foi. — La bonne foi est à la base de toute cette théorie, elle en constitue la raison nécessaire et suffisante.

A. *La raison nécessaire* : Sans elle, le possesseur n'acquiert aucunement les fruits, et, avec elle, il ne les gagne que dans la mesure où elle existe, où elle persiste : le jour où sa bonne foi cesse, il cesse par cela même de faire les fruits siens (art. 550, § 2).

B. *La raison suffisante* : Lorsque la bonne foi existe, on se passe de toutes autres conditions; elle supplée à tout, elle suffit à tout.

1° Peu importe son origine et sa nature; l'*erreur de droit* est relevante aussi bien que l'*erreur de fait* (Civ., 11 janv. 1887, *S.* 1887, 1, 225; Civ., 22 oct. 1894, *D. P.* 1896, 1, 585, note DE LOYNES); vainement objecterait-on l'adage « *nemo censetur ignorare legem* »; ici, c'est la loi elle-même qui relève le possesseur de son ignorance; celui-ci ne prétend nullement invoquer l'erreur de droit pour se soustraire à l'application de la loi; il prétend seulement, ce qui est bien différent, se placer sous la protection de la loi elle-même dont un texte, l'article 549, vient à son secours. C'est une directive générale que, dans tous les cas où la bonne foi est créatrice de droits, elle est constituée indifféremment par l'erreur juridique et par l'erreur matérielle;

2° On ne se péoccupe pas davantage de la nature des vices dont le titre du possesseur est atteint; les vices de *forme* sont traités ainsi que les vices de *fond*, et sans distinguer selon qu'ils entraînent comme sanction une nullité *absolue* ou une nullité *relative* (art. 550, § 1);

3° Mieux que cela; malgré la teneur de l'article 550, § 1, aux termes duquel « *le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices* », la bonne foi est concevable et fonde le droit aux fruits alors même que le possesseur ne serait muni d'aucun titre : il suffirait qu'il eût cru à son existence; un titre imaginaire, un *titre putatif* a ici la même valeur qu'un *titre effectif*, parce que, comme lui, il est constitutif de la bonne foi. Le titre n'est point exigé en tant que condition distincte de la bonne foi, mais en tant qu'élément, en tant que soutien de cette bonne foi. On peut supposer, par exemple, qu'un individu croit être l'héritier de telle personne défunte et que, dans cette croyance, il entre en possession des biens héréditaires, après quoi on découvre un testament qui instituait une autre personne, ou bien un héritier plus proche vient à se révéler; alors, le titre de ce faux héritier, à savoir la vocation héréditaire, s'évanouit; il était putatif, il n'existait que dans son imagination. N'importe : ce possesseur était de bonne foi, il gardera donc les fruits perçus. Pourvu que le mirage se soit produit dans son esprit, on ne s'arrête pas aux causes qui l'ont fait naître.

1409. Rôle de la perception de bonne foi. — Si essentiel que soit le rôle dévolu à la possession, il doit cependant être complété, extériorisé par un élément matériel, par un *acte de perception*, c'est-à-dire par une prise de possession, un acte de maître. Le possesseur n'acquiert les fruits, dans notre droit français, qu'en mettant la main dessus; la *séparation*, qui peut être fortuite, indépendante de sa volonté, ne suffit pas; il faut un acte de volonté, une emprise consciente. Si cette solution n'est pas écrite dans le Code civil, expressément du moins et sous cette forme générale, elle est *traditionnelle*, et l'on trouve d'ailleurs dans les articles 138 et 962, qui en consacrent des applications particulières en matière d'*absence* et de *révocation des donations*, la preuve que le législateur de 1804 a entendu la maintenir.

1410. Fruits civils. — Aussi bien l'accord est-il unanime pour les *fruits en nature* : c'est seulement pour les

fruits en argent, pour les *fruits civils* qu'il y a eu quelques difficultés, des auteurs arguant de la disposition de l'article 586, aux termes de laquelle l'*usufruitier* acquiert les fruits civils jour par jour, pour soutenir qu'il en va de même du *possesseur de bonne foi*. Mais l'argumentation est sujette à caution : autre est la situation de l'usufruitier qui a un *droit réel sur* la chose, et autre celle du simple possesseur qui exerce un pouvoir de fait, sans figuration juridique précise : on comprend fort bien que, dans ces conditions et en l'absence de tout droit réel, ce dernier ne puisse acquérir les fruits que s'il fait acte de maître sur eux. C'est en ce sens que la doctrine et la jurisprudence sont nettement fixées. Il est donc possible que le possesseur, d'une maison par exemple, n'ait droit à aucun fruit : il suffit de supposer que, pendant la durée de sa possession, il n'y ait eu aucune échéance de loyers; même observation et même possibilité pour un fonds rural si aucune récolte n'a pu être levée au cours de la possession.

1411. Conclusion. — En somme, on peut dire que, ce qui fait acquérir les fruits au possesseur, c'est *une perception effectuée de bonne foi*; deux conditions se trouvent ainsi exigées : l'une *matérielle*, la *perception*; l'autre *subjective*, la *bonne foi*, étant entendu que celle-ci se suffit à elle-même en ce sens qu'elle n'a pas besoin d'être soutenue par un titre effectif; du moment qu'elle existe, elle porte en elle-même sa propre justification.

1412. Question de preuve. — C'est au possesseur qu'il appartient de faire la preuve de la *réalité des perceptions* par lui effectuées, et, sur ce point, la tâche qui lui incombe sera d'un accomplissement facile. Quant à la *bonne foi*, la situation est meilleure encore pour lui, car on sait que le législateur en présume l'existence (art. 2268) : il appartiendra à son adversaire, le revendiquant, d'établir sa mauvaise foi à l'instant de la perception effectuée; jusque-là, le possesseur sera considéré comme ayant cru à l'existence de son droit de propriété : on ne saurait poser, en principe, en effet, qu'un possesseur soit un voleur ou un usurpateur.

1413. Les envoyés en possession provisoire. — Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent se trouvent dans une situation particulière; d'une part, leur situation est absolument correcte et réglementaire puisqu'elle a été constituée par une décision de justice; d'autre part, on ne peut cependant pas les considérer comme des

possesseurs de bonne foi, puisqu'ils savent pertinemment que les biens de l'absent ne leur appartiennent pas, puisqu'ils n'en ont que le dépôt (art. 125). Il fallait donc régler, par une disposition spéciale, le sort des revenus donnés par les biens au cours de cette possession particulière, qui n'est, à vrai dire, ni une possession de mauvaise foi, ni une possession de bonne foi; tel est l'objet de l'article 127 qui attribue aux envoyés en possession une portion de fruits d'autant plus considérable que l'absence s'est prolongée longtemps. C'est seulement après trente ans d'absence qu'ils garderont la totalité des revenus. *Sup.* n° 201*bis.*)

1414. III. **Possession vicieuse. Généralités.** — De même que la possession est mieux protégée lorsque, présentant des qualités exceptionnelles, elle imite de plus près la propriété, ainsi et à l'inverse elle est moins énergiquement sanctionnée lorsque, à raison des vices qu'elle présente, elle s'éloigne de ce prototype, la propriété.

Ces *vices de la possession* sont des défectuosités, des tares, que nous trouvons énumérées dans l'article 2229, au titre de la *prescription*, dans un chapitre II consacré à la *possession*.

Ce texte doit être critiqué :

1° Il voit des *qualités* de la possession là où il n'y a en réalité qu'*absence de vices*; par exemple, c'est moins une qualité, pour une possession, d'être publique, que ce n'est pour elle un défaut d'être clandestine. La question est mal posée.

2° Ce qui est bien plus grave, c'est que l'article 2229 énonce des vices dont certains sont imaginaires : il cite : la *discontinuité*, l'*interruption*, la *violence*, la *clandestinité*, l'*équivoque*, la *précarité*. De ces six vices, deux sont à éliminer :

a) La *précarité* : nous le savons, une possession précaire n'est pas une possession véritable (*Sup.*, n° 1395); elle s'analyse en une simple détention; la précarité est donc bien plus qu'un vice de la possession dont elle est la négation même;

b) Même observation pour l'*interruption* : le jour où une possession est interrompue, elle n'est pas seulement viciée : elle n'existe plus.

Quant à l'*équivoque*, il faut bien, encore que le contraire soit soutenu, y voir un vice spécial; la possession équivoque est une possession douteuse, avec cette précision que le doute plane sur sa réalité même : on ne sait pas si elle est à titre de propriétaire ou à titre précaire.

1415. — Nous retenons ainsi quatre vices de la possession :

La *violence*; la *clandestinité*; la *discontinuité*; l'*équivoque*.

1° *La violence*. — Elle peut consister soit dans des *voies de fait*, soit dans de simples *menaces* (Req., 4 déc. 1833, *S.*, 1834, 1, 335). A notre avis, ce vice présente cette triple caractéristique d'être *initial*, *relatif* et *temporaire*.

a) *Initial*. C'est seulement la violence exercée *lors de l'entrée en possession* qui vicie celle-ci; les voies de fait dont le possesseur pourrait être ensuite l'objet au cours de sa possession et qu'il se trouve dans l'obligation de repousser, ne sont pas prises en considération. Telle était la tradition romaine à laquelle notre législateur semble bien avoir voulu se conformer; aux termes de l'article 2233, § 1, « *les actes de violence ne peuvent* FONDER *non plus une possession capable d'opérer la prescription* ».

Cependant, il semble que notre jurisprudence incline en sens contraire et soit disposée à prendre en considération même la violence survenue en cours de possession. (Comp., Req., 10 mai 1865, *D. P.*, 1865, 1, 411; 26 août 1884; *D. P.*, 1885, 1, 58.)

b) *Relatif*. Et, sur ce point, on est d'accord : le vice n'existe que dans les rapports de l'auteur de la violence et de la victime; si le propriétaire est un tiers, la possession n'est nullement viciée à son égard (arrêt précité du 26 août 1884).

c) *Temporaire*. La violence venant à cesser, la possession redevient saine, normale, *utile* (art. 2233, § 2).

1416. — 2° La *clandestinité*. La possession clandestine est celle qui s'exerce secrètement, qui se dissimule. Comme le vice de violence, celui-ci est *relatif* et *temporaire*; mais, sans aucun doute, il *n'est point nécessairement initial* : à un stade quelconque, la possession peut devenir clandestine et, par là même, vicieuse.

1417. — 3° La *discontinuité*. La possession est *discontinue* lorsqu'elle présente des *lacunes*, lorsqu'elle se manifeste *par intermittences*. Non pas qu'on exige du possesseur un contact permanent avec la chose; mais on veut qu'il se comporte comme le ferait un propriétaire. Aussi ce vice est-il *essentiellement contingent*; pour apprécier s'il existe, on devra tenir compte de la nature de la chose possédée qui, selon les cas, se prête à des actes de possession plus ou moins répétés, plus ou moins suivis; on ne possède pas un pâturage situé en haute montagne comme on possède une maison située dans une ville; bien que le possesseur n'utilise ce pâturage que pendant quelques mois ou quelques semaines de l'année, sa

possession sera continue, parce qu'elle sera normale eu égard à la nature des choses, parce qu'elle imitera suffisamment la propriété.

La discontinuité est un vice *temporaire*, sans doute, mais *absolu* : on ne voit pas pourquoi les effets en seraient limités à certaines personnes.

1418. — 4° L'*équivoque*. Une possession équivoque est celle dont on ne saurait dire si elle est exercée *à titre de propriétaire* ou bien *à titre précaire* : les conditions dans lesquelles elle a débuté et dans lesquelles elle s'est poursuivie ne permettent pas de trancher ce problème; la situation demeure non définie et suspecte. Ce sont, par exemple, après la mort d'une personne, des biens qui sont trouvés entre les mains d'une concubine, d'un domestique ou encore de l'hôtelier, propriétaire de l'établissement où le décès a eu lieu : la communauté d'habitation entre les intéressés rend suspecte la possession des survivants : est-ce pour leur compte personnel qu'ils possédaient, ou bien à titre de dépositaires, de mandataires, de salariés? Il y a là un doute dont se ressent la possession qui s'en trouve viciée.

1419. Influence exercée par les vices sur la possession qu'ils affectent :

1° Une possession vicieuse ne conduit pas à la prescription, elle n'est pas une possession *ad usucapionem*, une possession *utile* (art. 2229; *Inf.*, n° 1574);

2° Elle ne confère pas la *protection possessoire* : l'article 23 C. pr. s'en explique pour le vice de violence; la généralisation de cette décision ne fait aucune difficulté : si un procès s'engage au possessoire, le possesseur violent ou clandestin succombera, du moins s'il a en face de lui la victime de la violence ou de la clandestinité : les actions possessoires ne lui appartiennent pas;

3° Celui qui exerce une possession vicieuse n'est pas couvert par une présomption de propriété : son adversaire, le demandeur en revendication, pourra faire la preuve de son droit par tous les moyens possibles;

4° La *réintégrande* est refusée à celui dont la possession est violente ou clandestine : s'il vient à être dépossédé violemment il ne pourra pas se plaindre : une jurisprudence constante n'accorde la réintégrande qu'à celui dont la possession est *paisible* et *publique*, ce qui revient à dire qu'on peut impunément répondre à la violence par la violence et qu'entre deux personnes violentes, la préférence est donnée au détenteur actuel : *in pari causa, melior est causa possidentis.*

1420. Avantages qui subsistent. — Malgré ces restrictions notables, la possession vicieuse n'est point quantité négligeable; il faut se rappeler, d'une part, que les vices sont susceptibles d'être *purgés*, et aussi qu'ils ne présentent qu'un caractère *relatif*, du moins pour ce qui est de la *violence* et de la *clandestinité* : si Primus s'empare violemment du bien de Secundus, il ne peut pas usucaper contre celui-ci, ni user contre lui des actions possessoires, mais cette double ressource lui appartient à l'encontre de toutes autres personnes.

1421. IV. **Simple détention.** — Pour déterminer la situation du *détenteur*, ou *possesseur précaire*, il convient de distinguer entre ses *rapports contractuels* et ses *rapports avec des tiers*.

1° Les rapports *contractuels* du détenteur sont fixés par la convention : bail à loyer, bail à ferme, dépôt, mandat, gage, etc. Si l'une des parties, bailleur ou fermier par exemple, transgresse les obligations qui lui incombent, le créancier lésé exercera l'action née du contrat; si le fermier refuse, à l'expiration du bail, de quitter le domaine, le bailleur agira contre lui en arguant du contrat inexécuté; il mettra en œuvre la *responsabilité* contractuelle de son débiteur; sans doute, il aurait aussi la faculté d'user de la revendication, mais il devrait alors faire la preuve de son droit de propriété, preuve parfois difficile : le moyen employé dépasserait le but à atteindre.

2° Vis-à-vis des *tiers*, le détenteur a une situation très inférieure : il n'est pas investi des *actions possessoires* que lui reconnaît au contraire, en principe, le droit allemand; ni, d'autre part, des actions nées du contrat, lequel n'a qu'un effet relatif et ne saurait être invoqué à l'encontre des tiers (art. 1165). En somme, deux ressources lui appartiennent :

a) La *réintégrande*, que la jurisprudence lui accorde constamment (Civ., 4 juin 1904, *D. P.*, 1904, 1, 475; 14 fév. 1912, *S.*, 1912, 1, 132; Req., 21 mai 1928, *S.*, 1928, 1, 246) : mais cette action implique une dépossession violente;

b) Le détenteur peut aussi, s'il est inquiété par un tiers, se retourner contre celui dont il tient la chose et réclamer son aide par application du contrat; par exemple, le fermier, troublé dans sa possession par le fait d'un tiers, demandera au bailleur aide et protection, car il a droit, en vertu du contrat de bail, à la paisible jouissance du fonds.

Il est rappelé que le simple détenteur, n'ayant pas une véritable possession, ne saurait jamais émettre la prétention de prescrire : le pouvoir physique qu'il a sur la chose ne tend pas *ad usucapionem*. (*Sup.*, n° 1398; *Inf.* n° 1574).

Section II. — MANIFESTATIONS D'INDÉPENDANCE DE LA POSSESSION VIS-A-VIS DE LA PROPRIÉTÉ

1422. Plan. — Il faut bien que la dépendance de la possession par rapport à la propriété cède sur quelques points, sans quoi les deux notions coïncideraient exactement; il n'y aurait plus de possession, ou, si l'on veut, plus de propriété.

L'indépendance se manifeste :

1° Dans les *modes d'acquisition*;

2° Dans la théorie de la *perte* de la possession;

3° Dans la règle prohibitive du *cumul possessoire et du pétitoire*.

1423. I. Modes d'acquisition. — Traditionnellement, la possession suppose la réunion de deux éléments constitutifs : un élément matériel, le *corpus*, pouvoir physique sur la chose; un élément intentionnel, l'*animus*, qui est la volonté de posséder pour son propre compte, l'*animus domini*. C'est du moins la doctrine romaine, telle qu'elle a été comprise par Savigny, mais telle qu'elle fut contestée vigoureusement par Ihering. Elle rend assez exactement compte de l'état actuel de notre droit : d'une part, le *corpus* seul est insuffisant, puisque le détenteur ne possède pas vraiment; d'un autre côté, la seule volonté de se comporter comme propriétaire d'une chose demeure, en principe, impuissante tant qu'elle ne se matérialise pas dans des actes de maître.

Seulement, si ces deux éléments doivent exister, il n'est pas indispensable qu'ils se réalisent dans la personne même du possesseur : on peut posséder *par autrui*, par l'intermédiaire d'autrui; on peut emprunter le *corpus* ou l'*animus* d'autrui.

1. Le *corpus* : c'est le cas du bailleur qui possède l'immeuble par l'intermédiaire du fermier ou du locataire, du déposant qui possède par l'intermédiaire du dépositaire : c'est la possession indirecte, médiate, *corpore alieno*.

2. L'*animus* : une personne qui n'est pas douée de volonté, emprunte l'*animus* de son représentant; l'enfant, l'aliéné possèdent *animo alieno*.

1424. Différences avec la propriété. — 1. A la différence de la possession, la propriété ne s'acquiert pas, en thèse générale, par la simple appréhension de la chose jointe à la volonté de posséder pour soi-même. Il n'en va autrement que dans l'éventualité de l'occupation ou lorsque se trouvent

réunies les conditions requises pour l'application de la règle : « *En fait de meubles, la possession vaut titre.* » Alors, la possession conduit d'emblée à la propriété, elle vaut titre de propriété; elle s'absorbe en elle.

2. Les modes d'acquérir la propriété sont soigneusement définis par la loi; ils sont nombreux et variés, au lieu que l'acquisition de la possession affecte un caractère générique.

Ces remarques expliquent qu'un possesseur ne soit pas toujours et fatalement un propriétaire : toute prise de possession n'entraîne pas nécessairement appropriation; il est des possessions qui sont des plagiats, non les reflets d'un droit de propriété.

1425. II. Perte de la possession. — Logiquement, la possession devrait prendre fin aussitôt que l'un de ses éléments fait défaut, *corpus* ou *animus;* et il en va bien ainsi dans la thèse générale, mais il faut tenir compte de certaines particularités.

1° D'abord de cette circonstance que, nous l'avons vu, on peut emprunter le *corpus*, voire l'*animus* d'autrui; alors, le principe est sauf; en réalité, les deux éléments subsistent;

2° Puis et surtout, la possession des biens-fonds, des immeubles fonciers, *se conserve* « *animo solo* », alors qu'elle ne *s'acquiert* que par la réunion des deux éléments traditionnels; la règle nous vient du droit romain et elle est consacrée par notre jurisprudence (Civ., 27 oct. 1891, *S.*, 1892, 1, 32, *D. P.*, 1892, 1, 432; 29 nov. 1904, *S.*, 1905, 1, 463; Req., 14 nov. 1910, *S.*, 1915, 1, 108; *D. P.*, 1912, 1, 484; Civ. 27 mars 1929, *D. H.*, 1929, 250). Seulement, pour qu'elle joue, encore faut-il que nul ne se soit emparé de l'immeuble sur lequel on ne fait plus acte de maître; si un individu s'installe sur le fonds ou dans la maison, la possession du possesseur négligent va se trouver *interrompue*, c'est-à-dire qu'elle va cesser. Toutefois, ce résultat ne se produit pas sur-le-champ, mais seulement lorsque la maîtrise du nouveau venu aura duré pendant une année; c'est alors seulement que la possession passera du possesseur négligent au nouvel occupant, et avec elle les actions *possessoires* (art. 2243) : il y a alors, suivant la formule de ce texte, *interruption naturelle* de la possession ancienne.

1426. Différence entre meubles et biens fonciers. — Pour les *meubles*, la possession disparaît en même temps que le *corpus* et quand bien même nul ne se serait emparé de la chose délaissée; pour les *immeubles*, la perte de la possession implique, non seulement celle du *corpus*, mais en

plus ou bien celle de l'*animus*, ou bien l'occupation annale d'un tiers.

1427. Différence avec la propriété. — La propriété se perd plus difficilement que la possession, et cela même en matière immobilière; on ne la conçoit pas en dehors de la volonté du propriétaire, réserve faite de l'usucapion qui implique, de la part d'un tiers, une longue possession, de trente années en principe.

1428. III. Prohibition du cumul du possessoire et du pétitoire. — Il s'agit d'une *règle de procédure* qui tend à réaliser l'*indépendance judiciaire* de la possession par rapport à la propriété; elle est énoncée et développée dans les articles 25 à 27 du Code de procédure.

Elle a une double face :

1° Une fois l'instance engagée au possessoire, il n'est pas loisible aux parties d'agir au pétitoire aussi longtemps que la première instance n'est pas terminée. On tranchera d'abord la question de *possession*, après quoi seulement on pourra agir au pétitoire afin de déterminer qui est *propriétaire*. Sous cette première forme, la règle est donc orientée vers les plaideurs; c'est pour eux qu'elle est formulée (art. 27, C. pr.).

2° Le juge saisi du *possessoire* — c'est-à-dire le juge de paix — doit laisser intact le *pétitoire*; il ne doit toucher, ni directement, ni indirectement à la question de propriété; il doit se garder de la *préjuger* en quoi que ce soit (art. 25, C. pr.); il lui est interdit, notamment, de baser sa décision sur des motifs tirés du fond du droit. (Civ., 14 nov. 1910, *D. P.*, 1912, 1, 483; 12 mars 1913. *D. P.*, 1913, 1, 192.)

Ainsi se trouve assuré l'isolement des problèmes possessoire et pétitoire et à ce point de vue encore se manifeste donc, et très sagement, l'indépendance de la possession vis-à-vis de la propriété.

Chapitre II

La nature du droit de propriété unitaire corporelle

1429. Limitation du sujet. — Il ne sera question dans ce chapitre que du droit de propriété tel que le type nous en a été légué par une longue tradition, c'est-à-dire du droit qui porte sur un bien corporel, sur une *chose*, et qui, d'autre

part, pour nous limiter au cas normal et le plus simple, a un *titulaire unique*, personne *humaine* ou personne *morale*. Nous laissons donc hors de notre sujet, pour leur consacrer des développements spéciaux, et les *propriétés incorporelles* (*inf.*, n^os^ 1518 et suiv.) et la *copropriété*, avec ou sans indivision (*inf.*, n^os^ 1780 et suiv.), mais nous retenons à cette place la *propriété des personnes morales*, qui, à notre avis, n'est qu'une forme juridique de la propriété unitaire, l'être moral opérant, comme nous l'avons montré, la synthèse de tous les intérêts individuels qui se fondent et s'abolissent en lui (*sup.*, n^os^ 656 et suiv.).

1430. Base du sujet. Idée fondamentale. Absolutisme du droit de propriété. — Les traits distinctifs de la propriété se ramènent, si l'on s'en tient comme nous l'avons annoncé à la propriété corporelle unitaire, à une brève formule : *le droit de propriété est le type du droit absolu*; c'est le *dominium* par excellence, la puissance juridique souveraine. Les Quirites le présentaient comme tel et les Institutes de Justinien le définissaient encore : *plena in re potestas*; et nous vivons, à cet égard, sous l'influence, on dirait volontiers sous la domination romaine dont la *Déclaration des Droits de l'homme* s'est constituée le tenant : article 17 « *La propriété étant un droit inviolable et sacré...* », et dont le Code civil, imbu de l'esprit individualiste de la Révolution s'est fait à nouveau l'interprète : article 544 : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...* »

Ainsi, de quelque côté qu'on interroge l'horizon juridique, la propriété corporelle unitaire nous apparaît comme un droit intense, intangible et sacré, comme la projection même de la personnalité humaine dans le domaine patrimonial.

1431. Evolution. — Cependant, au contact des réalités, sous la pression d'une évolution sociale et économique qui s'est précipitée au cours du dernier demi-siècle, le dogme de l'*absolutisme* du droit de propriété a été mis à une rude épreuve; son intensité, son exclusivisme ont été l'objet d'un examen sérieux; de nouvelles frontières lui ont été assignées auxquelles ne songeaient pas nos aïeux; il s'est assoupli, il s'est humanisé et il est apparu que, n'étant point d'une autre essence que les autres droits, il devait, comme eux, être conçu, aménagé et exercé en vue de fins sociales, non de fins purement égoïstes.

1432. Plan. — Pour mesurer le chemin parcouru, nous envisagerons l'absolutisme traditionnel de la propriété sous ses différents aspects; nous nous rendrons ainsi compte de la réalité et de l'importance des brèches qui ont été pratiquées dans l'antique forteresse; ou, plus exactement encore, nous comprendrons comment une prérogative, d'abord conçue dans l'intérêt exclusif de son bénéficiaire, s'est imprégnée peu à peu d'un altruisme qui, loin d'en compromettre la solidité, en assure la grandeur et en sauvegarde les destinées.

Traditionnellement, le droit de propriété est considéré comme absolu :

1° Quant aux *personnes à qui il est opposable*;

2° Quant à son *objet* et à son *assiette*;

3° Quant à ses *attributs*;

4° Quant à sa *durée*.

Nous nous placerons successivement à ces différents points de vue pour nous rendre compte et du point de départ et du chemin parcouru.

Section I. — ABSOLUTISME DU DROIT DE PROPRIÉTÉ QUANT AUX PERSONNES A QUI IL EST OPPOSABLE

1433. — Le droit de propriété appartient à la famille des *droits réels*; il est donc opposable à tous (*sup.*, n^os^ 1336 et suiv.), non pas, comme le disaient les prudents, parce qu'il porte dans la chose (*in re*) qui en serait comme imprégnée, mais parce qu'il met son titulaire en contact direct avec cette chose dont l'utilisation lui est accessible sans qu'il ait besoin de passer par l'intermédiaire d'une personne quelconque; en ce sens, il mérite bien son qualificatif de *réel*, puisqu'il réduit au strict minimum l'élément personnel représenté ici par le seul titulaire.

Non seulement la propriété est un droit réel, mais elle constitue le droit réel par excellence, le droit réel type dont tous les autres ne sont que des dérivés et des démembrements.

A ce titre, elle est opposable à tous; elle implique, au profit du titulaire, et le droit de *suite* et le droit de *préférence*, ces deux attributs constants de tout droit réel : quel que soit le détenteur actuel de mon bien je pourrai arguer vis-à-vis de lui de mon droit de propriété (*droit de suite*), et sans avoir à craindre les protestations, le concours de ses créanciers, car mon droit leur est opposable, tandis que le leur, tout relatif, n'existe point pour moi (*droit de préférence*).

A ce point de vue, l'absolutisme du droit de propriété n'a

point cédé de terrain; il se présente tel qu'il était à Rome ou dans notre ancienne France; on peut même dire qu'il a été *renforcé*; car le droit de propriété individuelle est opposable, non seulement aux particuliers, mais encore aux pouvoirs publics, à l'*Etat* : le droit de *confiscation*, qui avait donné lieu, dans notre ancienne France, à de si scandaleux abus, a disparu de notre arsenal législatif : seule subsiste l'*expropriation* moyennant une juste indemnité (*inf.*, n° 1478).

Dans cette première direction, c'est donc un gain plutôt qu'un recul qu'on doit noter pour l'absolutisme du droit de propriété, sauf que certaines formalités de publicité sont exigées de nos jours pour que les déplacements de propriété immobilière soient opposables à tous.

Section II. — ABSOLUTISME DU DROIT DE PROPRIÉTÉ QUANT A SON OBJET, A SON ASSIETTE

1434. Principe. — Le droit de propriété exerce, sur la chose et aussi sur ses dépendances, ses accessoires, une complète emprise; il enserre de toutes parts l'objet sur lequel il porte. La constatation est importante surtout en ce qui concerne la propriété *foncière*, la seule qui appelle des commentaires à cet égard.

1435. Applications et plan. — La propriété foncière porte :

1° Sur le *sol* lui-même;
2° Sur le *dessus*, le domaine aérien;
3° Sur le *dessous*, le tréfonds;
4° Sur les *accessoires* de la chose;
5° Sur les *eaux*.

§ I. — LE SOL

1436. — Le sol constitue l'objet principal, l'assiette par excellence de la propriété foncière.

La délimitation exacte de cette assiette peut soulever des difficultés : les limites matérielles, d'une détermination aisée pour les meubles, ne se retrouvent pas toujours, pour ce qui est des immeubles par leur nature, au premier coup d'œil. Deux opérations sont de nature à les fixer, à les concrétiser : le *bornage* et la *clôture*.

1437. I. Le bornage. — C'est une opération qui a pour but de fixer la ligne séparative de deux fonds, la frontière

de deux domaines contigus : un seul texte la réglemente, l'article 646, d'où il ressort seulement :

1° Que « *tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës* »;

2° Que le « *bornage se fait à frais communs* ».

1437*bis*. — Caractère du bornage :

1° Le bornage est un acte *nécessaire*, en ce sens qu'il ne dépend pas d'un propriétaire foncier de s'y dérober : de deux voisins, l'un peut toujours imposer à l'autre cette opération (art. 646).

Il arrive souvent, d'ailleurs, que les parties soient d'accord pour procéder au bornage : les limites territoriales sont alors arrêtées amiablement; elles sont consignées dans un *procès-verbal d'abornement*.

C'est seulement si l'un des intéressés résiste à la proposition de l'autre, qu'il faudra recourir à l'autorité judiciaire; le demandeur intentera une *action en bornage*, et c'est alors par *décision de justice* que les limites des fonds seront tracées;

2° Le *bornage* est un attribut de la propriété : seul, un *propriétaire* a qualité pour y procéder, soit en prenant l'initiative, soit en la subissant. On admet cependant que l'*usufruitier* et l'*emphytéote* puisent, dans leurs droits réels, *démembrements de la propriété*, la faculté de demander le bornage; mais, étant donné l'effet relatif de la chose jugée, le contradicteur agira sagement en mettant en cause le propriétaire lui-même. Quant aux fermiers, aux métayers, aux locataires, ils ne sont aucunement qualifiés pour participer au bornage;

3° Le bornage est, suivant les cas, un acte d'*administration*, un acte *judiciaire* ou un acte de *disposition* :

a) Un acte d'*administration* lorsqu'il se présente sous sa forme amiable et que, d'autre part, il se résume vraiment en une opération de simple délimitation. Alors, la capacité de pure administration ou le pouvoir général d'administrer le patrimoine d'autrui suffisent à ceux qui y procèdent (*mineur émancipé, tuteur, femmes séparées de biens*, personnes pourvues d'un *conseil judiciaire*);

b) Un acte *judiciaire* lorsque l'autorité judiciaire est saisie : il faudra alors, chez les parties, la capacité d'ester en justice : la femme séparée de biens, le prodigue, devront se munir d'une autorisation ou d'une assistance;

c) Un acte de *disposition*, lorsqu'une question de propriété se mélange, parfois sournoisement, au problème de la délimitation des deux fonds; alors, et du moment qu'il

y a contestation sur la question même de propriété, ou bien si des abandons réciproques sont consentis par les parties, l'acte se ramène à une aliénation : il implique donc, chez ceux qui y procèdent, la capacité ou le pouvoir requis pour une aliénation immobilière.

1438. L'action en bornage. — Cette action est *imprescriptible*, non pas que, comme on l'a prétendu, le droit de demander le bornage soit une pure faculté (PICARD, n° 433) : une action correspond toujours à un droit, elle est toujours un droit en action; mais parce que la situation qu'elle a pour but de clarifier et de dénouer est une situation permanente et continue : la sanction ne saurait se prescrire aussi longtemps que l'état de choses auquel elle correspond est lui-même maintenu.

1439. — La *juridiction compétente* est la *justice de paix*, du moins s'il s'agit uniquement de délimiter des domaines contigus (l. 12 juillet 1905, art. 1 — 3°), si, suivant la formule de ce texte « *les propriétés ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés* ». Dans le cas contraire, et s'il y a contestation sur la propriété, le juge de paix doit se déclarer incompétent : seuls, les tribunaux de première instance ont qualité pour connaître des litiges portant sur la propriété immobilière (*inf.*, n° 1555).

Dans tous les cas, justice de paix ou tribunal de première instance, c'est la juridiction du lieu de la situation des immeubles qui est compétente *ratione loci*.

1440. Cadastre et bornage. — L'opération du bornage serait singulièrement facilitée si nous possédions un *cadastre* exact, c'est-à-dire un *plan géométrique officiel* de la propriété foncière dans lequel les limites de chaque parcelle seraient tracées, de même que figurent, sur une carte géographique, les frontières de chaque Etat : il n'y aurait plus alors qu'à transposer sur le terrain les lignes fournies par le plan officiel pour en obtenir l'exacte matérialisation. Malheureusement, le cadastre que nous possédons est fort ancien; les éléments en ont été réunis à l'aide de recherches qui ont été effectuées au lendemain de la promulgation du Code civil, de 1807 à 1850; depuis cette époque lointaine, la configuration terrienne de notre pays s'est profondément modifiée; telles parcelles qui appartenaient à des propriétaires différents ont été réunies dans la même main, tandis qu'à l'inverse, tels autres domaines ont été divisés; en sorte que notre vieux plan cadastral, périmé à la suite de boule-

versements incessants, ne donne plus une idée de la réalité juridique actuelle.

Une *réfection* s'impose, qui aurait ce double avantage, et de faciliter le *bornage* et de permettre l'institution de *livres fonciers*, donc d'établir sur une large base notre régime de publicité des aliénations immobilières et des constitutions de droits réels immobiliers (*inf.*, n° 1751); seulement, un travail de ce genre serait long et fort coûteux : celui qui fut effectué dans la première moitié du siècle dernier a nécessité une dépense de 160 millions : aujourd'hui, il faudrait, pour aboutir, multiplier cette somme par le coefficient 5 ou 6. Cependant, une *commission du cadastre* a été constituée par décret du 30 mai 1891; ses travaux forment la matière de plusieurs volumes; jusqu'à présent ils n'ont abouti qu'à un *projet* de loi sur le régime hypothécaire (projet Darlan, de 1896). Il faut noter qu'une loi du 17 mars 1898 a abordé le problème en prévoyant l'allocation de subventions aux communes qui seraient disposées à le résoudre pour leur propre compte : les difficultés seraient ainsi sériées grâce à une division du travail et des dépenses, lesquelles sont réparties entre l'Etat, le département et la commune intéressée. Notons enfin qu'une loi du 20 mai 1915 impose aux *notaires* l'obligation de déposer au bureau de l'enregistrement un extrait sommaire des actes portant translation de propriété immobilière, et que cette obligation revêt une étendue et une importance accrues depuis que le décret-loi du 30 octobre 1935 *modifiant le régime de la transcription*, n'admet à la transcription les actes sous seing privé qu'autant qu'ils ont été déposés au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois de leur signature (art. 2, *in fine*, nouv. réd. de la loi du 23 mars 1855; *inf.*, n° 1714). Ce fut précisément l'une des pensées maîtresses des rédacteurs de ce décret que d'établir avec plus de certitude les origines de la propriété, en vue d'une mise à jour plus précise du cadastre (Rapport précédant et expliquant le décret).

1441. Remembrement de la propriété foncière. — Le *remembrement* est une opération destinée à remédier au *morcellement* des propriétés rurales, lequel est évidemment défavorable à la culture à raison des charrois qu'il implique et aussi par l'obstacle qu'il oppose naturellement à la culture intensive, sur une grande échelle, à grand rendement, notamment à la motoculture. Afin de parer à cette situation, une loi du 27 novembre 1918, suivie d'un décret du 5 juillet 1920, a prévu et a organisé des échanges de parcelles entre

propriétaires voisins; elle a été abrogée et remplacée par le décret-loi du 30 octobre 1935, qui proclame, dans son article premier, que « *le but exclusif de cette opération est l'amélioration de l'exploitation agricole des biens qui y sont soumis* ». Les opérations de remembrement collectif sont provoquées et conduites par des *associations syndicales* de propriétaires, régulièrement constituées à cette fin et sur le plan de la loi du 21 juin 1865 (art. 4 et 5 du décret-loi — V. aussi le décret du 1er sept. 1936 portant règlement d'administration publique pour l'application de ce décret-loi). D'autre part, une loi du 4 mars 1919, suivie d'un décret du 10 septembre 1920, s'est occupée de la *délimitation*, du *lotissement* et du *remboursement* des propriétés foncières situées dans les *régions dévastées par la guerre*.

1442. II. **La clôture.** — Par la clôture, le propriétaire définit et matérialise plus intensément que par le bornage les limites de son héritage dont il fait un domaine fermé; et c'est là un droit pour lui; article 647 : « *Tout propriétaire peut clore son héritage...* »

Ce droit, qui nous apparaît aujourd'hui comme élémentaire et indiscutable, est une conquête de la Révolution; dans notre ancienne France, il trouvait des entraves puissantes et dans le *droit seigneurial de chasse*, en vertu duquel le seigneur pouvait pénétrer partout, dans tous les domaines, clos ou non, pour y chasser, et qui faisait même obstacle à l'établissement de clôture en rase campagne; et aussi dans le droit ou usage de *vaine pâture*, c'est-à-dire dans le droit réciproque, pour les habitants d'une même commune, de faire paître leurs troupeaux sur tous les héritages, après enlèvement des récoltes. Ces deux entraves ont disparu dans la tourmente révolutionnaire, la première au cours de la nuit du 4 août 1789, la seconde par l'effet du Code rural de la Constituante (l. du 28 septembre-6 octobre 1791).

1443. Restrictions maintenues. — Le droit, pour un propriétaire, de clore son domaine n'est cependant pas absolu; il comporte trois dérogations :

1° Il en est une qui est amorcée par l'article 647 *in fine* : « ... *sauf l'exception portée en l'article 682* ». Il s'agit du droit de passage accordé par la loi même, sous le nom de *servitude en cas d'enclave*, au fonds qui n'a pas d'issue ou qui n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique (*Inf*, nos 1980 et suiv.); mais il faut généraliser et dire, en thèse générale, qu'un propriétaire ne peut pas, en fermant son héritage, faire obstacle à l'exercice d'une *servitude quel-*

conque dont son fonds serait grevé au profit d'un autre fonds;

2° Lorsqu'un domaine est traversé par une rivière, même de peu d'importance, même non navigable ni flottable, le propriétaire ne peut pas établir un barrage qui ferait obstacle au droit de circulation du public. (Civ., 8 mars 1865, *D. P.*, 1865, 1, 130; Paris, 26 juill. 1901, *S.*, 1902, 2, 1, note Saleilles; *D. P.*, 1902, 2, 201, note Claro. — *Contra*, trib. civ. Auch, 4 juin 1901, *S.*, 1903, 2, 22; trib. civ. Etampes, 20 nov. 1903, *S.*, 1931, 2, 66; *Rev. trim.*, 1931, p. 168, et les commentaires de M. Solus; Paris, 26 fév. 1934, *D. H.*, 1934, 321);

3° Il existe, de nos jours encore, des terres sur lesquelles un droit de *vaine pâture* a été établi par *titre* (l. 9 juill. 1889, art. 12, modifié par l. 22 juin 1890); il s'agit là d'une servitude dont ces terres sont grevées et qui fait obstacle au droit de clôture, sauf, pour le propriétaire, la faculté d'affranchir son domaine de cette entrave, soit moyennant une *indemnité pécuniaire*, soit par la voie du *cantonnement*, c'est-à-dire en abandonnant aux ayants droit une partie de son terrain en pleine propriété.

1444. Dérogations en sens inverse : la clôture forcée. — Il arrive que la clôture devienne, pour un propriétaire foncier, non seulement un droit, mais une *obligation* : l'article 663 institue la *clôture forcée*, mais seulement dans les *villes* et dans leurs *faubourgs*. Cette disposition donne à tout propriétaire urbain le droit de contraindre son voisin à contribuer de ses deniers à la *construction* ainsi qu'à la *réparation* d'une clôture, d'un *mur séparatif*. Ce qu'il y a d'exceptionnel, dans cette disposition, ce n'est pas qu'un propriétaire puisse se trouver clos malgré lui; il ne saurait s'opposer à la construction d'un mur élevé par le voisin à la limite des deux héritages; non, ce qu'il y a de particulier dans la solution de l'article 663, c'est que ce propriétaire doit payer la moitié de la dépense dont il n'était cependant pas partisan, c'est qu'il *se* clôt, malgré lui, à son corps défendant et, en partie du moins, à ses frais.

Cette atteinte portée à la liberté individuelle s'explique par le désir, de la part du législateur, de raréfier les terrains vagues qui deviennent parfois, dans les agglomérations et surtout dans leur banlieue, le refuge de gens sans aveu.

Tout au moins convient-il de limiter au strict minimum la violence faite à la liberté de détermination du propriétaire.

1° La loi fixe la hauteur maxima de la clôture forcée, d'après l'importance de l'agglomération : 3 mètres 20 ou

2 mètres 60, suivant que la ville compte ou non 50.000 habitants;

2° Il est admis, en jurisprudence, que le voisin peut s'affranchir de l'obligation mise à sa charge en abandonnant, par application de l'article 656, la moitié de la bande de terrain sur laquelle le mur est ou sera élevé, et, s'il y a lieu, la mitoyenneté du mur déjà construit (Civ., 27 janv. 1874, *D. P.*, 1874, 1, 480; 26 juill. 1882, *S.*, 1884, 1, 79);

3° L'article 663 suppose que *le mur est à construire*; un propriétaire ne saurait donc imposer à son voisin le remboursement de la moitié du prix d'un mur déjà construit, c'est-à-dire le contraindre à acheter la mitoyenneté (Req., 25 juill. 1928, *D. P.*, 1929, 1, 29, note Fréjaville);

4° Il est très généralement admis que l'obligation de se clore n'est pas d'ordre public : les deux voisins peuvent renoncer à s'en prévaloir; mais une stipulation expresse est nécessaire pour que leur volonté produise effet (Rouen, 24 fév. 1844, *Jur. gén.*, Dalloz, V. *Servitudes*, 561).

§ II. — LE DESSUS

Domaine aérien

1445. Le principe. — « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus...* »; ainsi s'exprime le législateur dans l'article 552, § 1, qui ajoute que « *le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos...* » (art. 552, § 2).

Ainsi, de par la volonté législative, le propriétaire foncier, dont le domaine comporte des limites en surface, voit son droit s'étendre verticalement jusqu'à l'infini, *usque ad astra*, inclusivement. Il est donc fondé à s'opposer à tout empiétement qui serait commis à son préjudice dans ce vaste domaine aérien, notamment à l'emprise des *arbres* du fonds limitrophe qui étendraient leurs rameaux jusqu'au-dessus de sa propriété : il pourra contraindre son voisin à couper les branches envahissantes (art. 673, § 1), sans distinguer selon qu'elles émanent d'arbres, d'arbustes ou d'arbrisseaux (même texte, modifié par L. 12 fév. 1921).

1446. La réalité. Navigation aérienne. — Ce prolongement illimité de la propriété en hauteur procède d'une vue théorique : il ne résiste pas à un examen critique. Sans doute, il est flatteur, pour l'amour-propre d'un propriétaire foncier, de songer qu'il possède une portion indéfinie du firmament et que la stratosphère est, pour une partie, sa

propriété particulière; mais qu'est-ce qu'un droit dont l'exercice est pratiquement inconcevable? Une pure conception de l'intelligence, une chimère; on peut dire, en paraphrasant un vers connu, que la propriété que la main n'atteint point n'est qu'un rêve, et un rêve quelque peu ridicule. Les progrès de la *navigation aérienne* se sont chargés de souligner cette vérité élémentaire : avec la disposition de l'article 552, le propriétaire foncier serait à même d'émettre la prétention d'interdire à tout aérostat de circuler, fût-ce aux plus hautes altitudes, dans la tranche de l'atmosphère située au-dessus de son fonds, ce qui équivaudrait à l'interdiction de la circulation aérienne. Aussi, la loi du 31 mai 1924 a-t-elle dû restreindre, à cet égard, les droits traditionnels du propriétaire foncier en posant le principe de la libre circulation des aéronefs (art. 19), avec cette seule réserve que « ... *le droit pour un aéronef de survoler les propriétés privées ne peut s'exercer dans des conditions telles qu'il entraverait l'exercice des droits du propriétaire* » (même texte, § 2). Ainsi se trouvent conciliées, sous une forme assez vague il est vrai, les nécessités contradictoires de deux formes légales et également respectables de l'activité humaine. Plus récemment, une loi du 4 juillet 1935 a établi, sur les fonds voisins des aérodromes publics, des bases publiques d'hydraviation et aussi de certains aérodromes privés, des servitudes spéciales, dénommées « *servitudes dans l'intérêt de la navigation aérienne* » (*inf.*, n° 1977) : l'absolutisme traditionnel de la propriété foncière doit s'incliner devant les exigences de la vie contemporaine; en progressant, la science fait nécessairement évoluer le droit.

1447. Dédoublement de la propriété du sol et de celle du domaine aérien : Droit de superficie. — Il arrive que le propriétaire d'un fonds concède à une autre personne la propriété des constructions ou plantations effectuées sur le sol; alors on voit apparaître une propriété des *superfices*, distincte de la propriété du sol; le *superficiaire* est titulaire d'un droit de propriété régi par le droit commun. Il sera question plus loin de ce dédoublement de la propriété foncière (*Inf.*, n^{os} 1823 et suiv.).

§ III. — LE DESSOUS
(Tréfonds)

1448. Principe. — De même qu'elle s'étend indéfiniment en hauteur, la propriété foncière se développe sans

limite en profondeur : « *La propriété du sol emporte la propriété... du dessous.* » (Art. 552, § 1.)

Il en résulte :

1° Que le propriétaire du sol peut pratiquer des fouilles dans son fonds, se livrer à des travaux souterrains, à sa guise, et en retirer tous profits imaginables (art. 552, § 3) ;

2° Qu'il peut, à l'inverse, s'opposer à tout envahissement de la part des tiers, pratiquement des voisins. A cet égard, ses droits revêtent une intensité particulière : si des *racines, ronces ou brindilles* avancent sur son héritage, il est à même non seulement d'en demander la suppression, mais de les couper de sa propre autorité (art. 673, § 3, modif. par l. 12 fév. 1921) : c'est un des cas excessivement rares où le législateur admet qu'on puisse se faire justice à soi-même, un des cas typiques de *justice privée*.

1449. Dédoublement de la propriété du sol et de celle du tréfonds. — Il est possible que le tréfonds soit l'objet d'une propriété distincte : les *mines*, *minières* et *carrières* peuvent être concédées à un tiers, à une société qui les exploitera (L. 21 avril 1810, *sur les mines*, modifiée par loi 9 sept. 1919). En ce cas encore, il y a ,ou plutôt il y avait dédoublement de la propriété foncière et superposition de deux propriétés immobilières pour un même fonds : dans le système de la loi de 1919, le concessionnaire n'est plus propriétaire de la mine, mais seulement titulaire d'un droit réel immobilier de nature spéciale. (*Inf.*, n° 1956.)

§ IV. — LES ACCESSOIRES DE LA CHOSE

1450. — Le droit de propriété a une *vertu attractive* toute particulière : il attire toutes sortes de biens qui viennent s'agréger à lui.

1° D'abord tout ce qui sort de la chose elle-même : *fruits* et *produits* (art. 546) ;

2° Puis tout ce qui vient s'y unir, soit naturellement, soit artificiellement, par l'intervention humaine (même texte) ; on dit alors qu'il y a *accession* au profit du propriétaire de la chose principale : « *accessio cedit principali* ».

Nous étudierons spécialement l'accession, en tant que mode d'acquérir la propriété (*Inf.*, n^{os} 1650 et suiv.) : dès maintenant, il faut savoir que cette attraction s'exerce non seulement par et au profit d'un *immeuble*, mais aussi, quoique plus rarement, par et au profit d'un *meuble* : l'*alluvion*, les *relais*, les *plantations* et *constructions* élevées sur le sol, le *trésor* découvert dans un fonds, appartiennent, par droit

d'accession, au propriétaire dudit fonds. Pour l'accession au profit d'un meuble, voyez les articles 565 et suivants et *inf.*, n° 1651.

Remarque. — L'accession se réalise, en principe, quelle que soit la personnalité de l'auteur de la jonction, de l'incorporation des deux choses : par exemple, la construction élevée par le locataire, le fermier, l'usufruitier, le possesseur, devient la chose du propriétaire du sol. Cependant, nous rappelons que, seul, ce dernier peut faire des immeubles par destination (*Sup.*, n° 1353) : le fermier ou le locataire, notamment, n'ont point cette possibilité.

§ V. — LES EAUX

1451. Idée générale. Textes. Plan. — Les eaux qui *séjournent* ou qui *passent* sur un fonds, celles qui y *tombent* ou qui y *jaillissent*, celles enfin qui le *côtoient* soulèvent des problèmes juridiques intéressant et le droit civil et le droit administratif.

Les textes qui les régissent sont disséminés dans un grand nombre d'instruments législatifs : *C. civ.*, art. 640 à 645; L. 29 avril 1845, et du 11 juill. 1847, sur les *irrigations*; du 10 juin 1854, *sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage*; du 8 avril 1898 sur *le régime des eaux* (livre II du Code rural) ; du 16 octobre 1919, *relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique*; décrets-lois du 16 juillet et du 8 août 1935.

Nous distinguerons :

1° Les eaux qui *appartiennent* au propriétaire foncier;

2° Celles dont il a l'*usage*;

3° L'utilisation de la *force hydraulique* (HOUILLE BLANCHE) ;

4° Enfin, nous dirons quelques mots des *servitudes* et *obligations* relatives au régime des eaux.

En examinant ces divers points, nous aurons l'occasion de constater que la tendance contemporaine est favorable à la restriction des droits du propriétaire foncier : les eaux sont de plus en plus considérées comme une richesse collective et l'on s'éloigne à grands pas du point de départ fourni par le droit romain qui y voyait l'objet d'une propriété privative.

1452. I. Eaux qui appartiennent au propriétaire foncier. — A. *Eaux pluviales.* — Les eaux de pluie sont *res nullius* : elles appartiennent au propriétaire du fonds sur lequel elles tombent, par droit d'*occupation*. Il peut s'en emparer et les utiliser à sa guise (art. 641, § 1). Toutefois :

1° Il ne doit pas aggraver, par l'*usage* de ces eaux ou par la *direction* qu'il leur imprime, la situation du propriétaire du fonds inférieur (art. 641, § 2). Par exemple, il ne saurait déverser sur ce fonds des eaux pluviales par lui corrompues, ni leur faire suivre une direction qui compromettrait la solidité des constructions appartenant au voisin : en ce faisant il engagerait sa responsabilité (même texte);

2° Il doit respecter les situations créées par la *convention*, par un *titre quelconque* ou par la *prescription* : en effet, il a pu, par exemple, ou ses auteurs ont pu céder au propriétaire du fonds inférieur les droits que la loi lui accordait; cette combinaison est parfaitement valable.

1453. — B. *Eaux des étangs et des lacs.* — Les étangs et les lacs appartiennent privativement au propriétaire du fonds, du moins s'ils sont alimentés par des eaux privées : *eaux pluviales*, eaux *de source* : si, au contraire, ils sont constitués par le *barrage d'un cours d'eau*, ils ressortissent à celui-ci et participent de sa nature juridique.

1454. — C. *Eaux de source. — Principe.* — Le principe, qui nous vient du droit romain, est que la source appartient au propriétaire du fonds sur lequel elle jaillit et qu'on dénomme *fonds d'émergence* (art. 641, § 2, qui traite les eaux de source ainsi que les eaux pluviales).

Aux termes de l'article 642, § 1, modifié par la loi du 8 avril 1898, « *celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté* dans les limites et pour les besoins de son héritage ». Ces derniers mots, semblent exclure la possibilité, pour le propriétaire foncier, de céder son droit à un tiers. Mais il résulte des travaux préparatoires de la loi de 1898 qu'on n'a nullement entendu restreindre les droits du propriétaire du fonds d'émergence, qui peut, comme par le passé, disposer entièrement des eaux jaillies sur son fonds, et, par exemple, les capter en vue d'une distribution dans une commune voisine. (Req., 25 avril 1928, *S.*, 1928, 1, 205, *D. H.*, 1928, 269).

1455. Restrictions. — Toutefois, ce principe est bien loin d'être absolu; il comporte des tempéraments et des dérogations qui lui enlèvent une grande partie de sa portée.

1° D'abord, un tempérament qui est commandé par les principes généraux du droit comme par l'équité : le propriétaire du fonds doit respecter les droits d'autrui, et, spécialement ceux des propriétaires voisins :

a) Pas plus qu'avec les eaux pluviales, il ne lui est per-

mis d'empirer, avec les eaux de source, la situation des propriétaires des fonds inférieurs,: comment admettre, par exemple, qu'il puisse les rendre corrompues ou bien leur imprimer un direction dommageable pour son voisin dont la sécurité se trouverait menacée par l'accumulation d'une masse retenue par un barrage? Comment admettre qu'il puisse provoquer, « tendre » des inondations dont les propriétaires des fonds voisins seraient des victimes injustifiées?

b) De même que pour les eaux pluviales, le propriétaire du fonds doit tenir compte des droits résultant pour ses voisins d'une *convention*, d'un *titre* quelconque, de la *prescription*;

2° Lorsque la source fournit aux habitants d'une *commune*, *village* ou *hameau*, l'eau qui leur est nécessaire, le propriétaire du fonds d'émergence ne saurait les en priver, par la manière dont il en use. C'est une véritable servitude dont son fonds se trouve grevé, *servitude légale* (art. 642, § 3).

Mais encore faut-il, pour que cette servitude existe, que certaines conditions soient réunies; on exige :

a) Que la source forme, dès sa sortie du fonds, un *cours d'eau* (Civ., 21 juin 1909, 2 arrêts, *D. P.*, 1909, 1, 459);

b) Que l'eau de ladite source soit strictement *nécessaire* aux habitants, et la loi vise, par ce qualificatif, les besoins des personnes et ceux des animaux, à l'exclusion de ceux des terres (irrigations, lavage plus commode du linge). Voy. Req., 7 janv. 1905 (*S.*, 1906, 1, 86; *D. P.*, 1906, 1, 396);

c) Enfin, il faut que les eaux soient nécessaires à une *agglomération* : les habitants d'une demeure isolée ne pourraient bénéficier de la disposition de l'article 642, § 3.

Le propriétaire du fonds d'émergence dont les droits se trouvent contrariés par la servitude légale établie par ce texte, a d'ailleurs droit à une indemnité, à moins que les habitants n'utilisent la source depuis trente ans, sans bourse délier, auquel cas le droit à indemnité se trouverait éteint par le non-usage (art. 642 *in fine*).

1456. — 3° *Sources, têtes de cours d'eaux publiques et courantes.* — Aux termes de l'article 643, modifié par la loi du 8 avril 1898, « *Si, dès la sortie du fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs.* » Ici, par conséquent, et lorsque les conditions légales sont réunies, lorsque les eaux issues de la source ont, dès la sortie du fonds d'émergence, un débit

assez puissant pour mériter le qualificatif d'*eaux publiques et courantes*, le propriétaire foncier voit ses droits limités au bénéfice des usagers inférieurs sans d'ailleurs que ceux-ci aient à prouver que les eaux leur sont *nécessaires* au sens de l'article 642, *et sans qu'ils aient à fournir une indemnité quelconque*; il peut bien user de la source pour ses besoins personnels et pour ceux de son fonds, par exemple à fin d'irrigation de ses terres, mais non détourner les eaux de leur cours naturel, ni, par conséquent, céder ses droits à un tiers, à une compagnie; en d'autres termes, ses prérogatives cessent de constituer un droit de propriété pour devenir un simple droit d'usage. Nous accédons ainsi à une nouvelle face du sujet.

1457. II. Eaux dont le propriétaire foncier a l'usage. — Il ne saurait s'agir ici des eaux constituant des fleuves ou des rivières ressortissant au *domaine public* : les cours d'eau *navigables* ou *flottables* sont destinés à l'usage du public, non à celui des riverains qui n'ont d'autres droits que quiconque; nous ne nous occupons donc que des *petites rivières* qui ne sont ni navigables, ni flottables, ou, du moins, qui ne sont flottables qu'*à bûches perdues* (L. 8 avril 1898, art. 30).

La loi du 8 avril 1898 établit, en pareille matière, une opposition entre le *lit* du cours d'eau et les *eaux*.

A. Le lit appartient privativement aux riverains (art. 3 de la loi); il en résulte notamment cette conséquence, que ceux-ci peuvent prendre, dans la partie qui est la leur, tous les produits naturels et extraire de la vase, du sable et des pierres (art. 3, § 3).

1458. — B. Quant aux *eaux* des mêmes rivières, elles sont non des *res nullius*, mais des *res communes*, à usage du public qui peut y puiser pour ses besoins domestiques, y laver du linge, s'y baigner, et même, dans la mesure du possible, y circuler en bateau, ce qui fait obstacle, à notre avis, de la part des propriétaires fonciers, à la possibilité de se clore (*Sup.*, n° 1443).

Seulement, cette faculté d'utilisation reconnue au public se heurte, très fréquemment, à des obstacles matériels ou juridiques, soit que l'*accès* au cours d'eau soit impossible (les riverains ne sont pas tenus de l'assurer au public), soit aussi et surtout que les riverains puissent se réclamer des droits d'usage qui leur sont accordés par la loi, *droits* supérieurs à ceux du public, parce que plus formels et plus précis; ils constituent dans leur ensemble le *droit de rive-*

raineté dont il importe de déterminer succinctement la signification et la portée.

1459. Droit de riveraineté. — Les attributs varient sensiblement selon que le fonds est *traversé* par la rivière ou suivant qu'il est simplement *bordé* par elle. Dans le premier cas, le propriétaire peut en modifier le cours à l'intérieur de son domaine, au lieu que, dans le deuxième, l'obligation qui lui incombe de respecter les droits égaux du propriétaire d'en face lui interdit tout détournement. Réserve faite de cette différence essentielle, à laquelle il est fait allusion dans l'article 644, les prérogatives des riverains sont les mêmes dans les deux éventualités, et elles sont encore fort appréciables.

1° Le riverain peut user de l'eau pour son usage *personnel* et à toutes fins *domestiques*;

2° Il peut en faire un usage *agricole* : l'article 644 ne vise que l'*irrigation*, mais cette disposition doit être entendue très largement;

3° L'usage *industriel* lui-même est licite, encore que le texte ne le mentionne pas : l'article 9 de la loi du 8 avril 1898 se réfère expressément aux *intérêts* de l'industrie qu'il cite de pair avec ceux de l'agriculture;

4° Le riverain peut procéder à tous travaux nécessaires pour réaliser l'usage de ses eaux, et même en vue d'avoir accès sur un autre fonds riverain (Req., 1er juin 1899, *D. P.*, 1900, 1, 15; Civ., 18 fév. 1931, *D. P.*, 1931, 1, 96).

En revanche, le riverain ne pourrait ni *absorber* les eaux entièrement, ni même les utiliser au point de compromettre les droits égaux des autres riverains, ni les corrompre; encore doit-il respecter les *règlements d'eau* établis par l'administration (L. 8 avril 1898, art. 8 et suiv.), ainsi que les *usages* (C. civ., art. 645).

Ces différentes règles impriment au droit d'usage des riverains un caractère juridique particulier : ce n'est ni un droit de propriété, car l'eau courante ne comporte pas l'appropriation privée, ni un droit d'usage véritable, lequel est caractérisé par l'incessibilité (*Inf.* n° 1961), alors que le riverain peut céder son droit de riveraineté (Grenoble, 6 août 1901, *D. P.* 1902, 2, 225, note Capitant), mais un *droit réel* de nature spéciale, obéissant à un statut qui lui est propre (Maurice Picard, n° 497).

1460. III. Utilisation de la force hydraulique : Houille blanche. — L'énergie hydraulique a été réglementée par la loi du 15 juin 1906 *sur les distributions d'énergie*,

modifiée par celle du 4 juillet 1935 *établissant des servitudes spéciales dites « servitudes dans l'intérêt de la navigation aérienne »* (art. 12), et surtout par la loi du 16 oct. 1919 *relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique*. Cette loi, qui a donné droit de cité à un bien nouveau, s'applique à toutes les eaux, susceptibles de devenir génératrices d'énergie : *marées, eaux des lacs*, des *étangs*, eaux dépendant du *domaine public, petites rivières*; seules, les eaux des étangs alimentés par des sources dépourvues du caractère d'eaux publiques et courantes, échappent à la législation de 1919.

L'idée essentielle de cette législation est que la *force hydraulique* se sépare de l'eau elle-même pour constituer un bien à l'état distinct, bien dont l'utilisation importe grandement à l'intérêt général, en sorte qu'elle ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un *acte de la puissance publique, autorisation* ou *concession* suivant le cas.

La *concession*, qui est exigée pour les entreprises les plus importantes, est accordée, suivant l'importance de la chute, par une *loi* ou par un *décret* rendu en Conseil d'Etat (art. 2 de la loi). La durée de la concession ne peut excéder 75 ans.

L'*autorisation*, qui suffit pour les entreprises de modeste envergure, doit être demandée au préfet; comme la concession, elle ne peut porter que sur une période maxima de 75 ans (art. 16, § 2). Les entreprises autorisées peuvent d'ailleurs, à toute époque, par un accord entre l'Etat et le permissionnaire, être placées sous le régime de la concession (art. 17, § 1).

1461. IV. **Servitudes et obligations relatives au régime des eaux :**

1° *Ecoulement des eaux.* — D'après l'article 640, § 1, *« les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué »*. Comme conséquence, le propriétaire du fonds inférieur ne peut élever aucun ouvrage, aucune digue en vue de retenir les eaux sur le fonds supérieur (art. 640, § 2); s'il élève un mur, ce qui est son droit, il est tenu d'y ménager des ouvertures destinées à laisser s'écouler les eaux.

Cette obligation est limitée aux eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, « sans que la main de l'homme y ait contribué »; et le texte précise que *« le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la situation du fonds inférieur »*.

Cependant, la loi du 8 avril 1898 a autorisé une aggravation de la situation du fonds inférieur dans les deux cas suivants :

1° Lorsque, par des *sondages* ou des *travaux souterrains*, un propriétaire fait surgir des eaux nouvelles dans son fonds, les fonds inférieurs sont tenus de les recevoir, mais ils ont droit à une indemnité s'ils subissent de ce fait un dommage (art. 641, § 4);

2° Lorsque le propriétaire donne aux eaux un usage ou une direction impliquant une aggravation de la situation du fonds inférieur; mais ici encore, une indemnité est due (art. 641, § 2).

La portée de ces dispositions est d'ailleurs doublement limitée; d'une part, en ce que l'aggravation n'est permise que si les eaux sont utilisées dans un but *agricole* ou *industriel* (les travaux préparatoires de la loi de 1898 sont, en ce sens, restrictifs); d'autre part, en ce que les maisons, cours, jardins et enclos attenant aux habitations ne peuvent être assujettis à une telle aggravation (art. 641, § 5).

1462. Remarque. — Le Code civil voit, dans l'obligation, pour les fonds inférieurs, de recevoir les eaux des fonds supérieurs, une *servitude dérivant de la situation des lieux*. C'est un point de vue; mais il faut observer que l'absence d'une obligation de ce genre eût constitué, de son côté, une servitude, et plus grave encore, pour les fonds supérieurs dont la situation en fût devenue très difficile, sinon intenable : en réalité, la loi s'est efforcée de concilier, du mieux qu'elle a pu, les intérêts contraires des deux fonds.

1463. — 2° *Ecoulement des eaux d'irrigation.* — La loi du 29 avril 1845, article 2, a créé une servitude qui, relative à l'écoulement des eaux, diffère à bien des égards de celle qui est instituée dans l'article 640.

a) Elle concerne toutes les eaux, *quelle qu'en soit la provenance* et fussent-elles dérivées d'un cours d'eau;

b) Elle est imposée même aux fonds qui ne recevraient pas naturellement les eaux dont s'agit;

c) Elle n'atteint pas les *maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations* (L. 29 avril 1845, art. 2, § 2);

d) Elle a un *caractère facultatif* pour les tribunaux qui jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour l'accorder ou pour la refuser au requérant (Req., 13 janv. 1868, S. 1868, 1, 115; *D. P.* 1868, 1, 211).

Si le fonds assujetti subit un dommage du fait de la servitude, son propriétaire a droit à une indemnité.

1464. — 3° *Servitude d'appui.* — Le riverain d'un cours d'eau qui n'est ni navigable ni flottable, peut avoir besoin,

pour irriguer ses terres, d'appuyer sur la rive opposée certains ouvrages, par exemple un barrage qui permettra l'élévation des eaux. Une loi du 11 juillet 1847, modifiant la loi de 1845, lui permet de vaincre la résistance du propriétaire de l'autre rive, moyennant une juste indemnité allouée à ce dernier.

1465. — 4° *Servitude d'aqueduc.* — Il arrive qu'un propriétaire ait besoin de faire parvenir des eaux jusqu'à une parcelle séparée du cours d'eau ou d'autres parcelles à lui appartenant, par des domaines intermédiaires : la loi du 29 avril 1845 lui permet d'obtenir le passage sur ces domaines malgré l'opposition de leurs propriétaires dont les fonds seront ainsi grevés à son profit d'une servitude légale, la *servitude d'aqueduc*. Ici encore, le passage n'est accordé que moyennant une juste et préalable indemnité (art. 4 de la loi), et à fin d'irrigation; et encore le tribunal à qui il est demandé jouit-il d'un souverain pouvoir d'appréciation. Du moins ne distingue-t-on pas d'après la nature des eaux; il suffit qu'elles ne fassent pas partie du domaine public; on n'exige même pas que le requérant ait la qualité de riverain. Mais les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations sont déclarés indemnes (L. 29 avril 1845, art. 1er, § 2).

1466. — 5° *Servitude d'écoulement des eaux drainées.* — Le propriétaire, désireux d'assainir, d'assécher son terrain au moyen d'un *drainage*, peut en conduire les eaux, souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les domaines qui séparent le sien d'un cours d'eau, d'une voie d'écoulement quelconque, toujours moyennant une juste et préalable indemnité et étant entendu que les maisons, parcs, enclos attenant aux habitations seront indemnes de cette charge. (L. 10 juin 1854, art. 1er.)

1467. Conclusion. — On voit, par cet examen de l'absolutisme de la propriété *quant à son objet*, que la tendance est nettement *restrictive*, notamment pour ce qui est du *domaine aérien* et des *eaux* : la notion de l'*appropriation privée* recule devant celle de *richesse collective*; les intérêts de la *communauté* prennent le pas sur ceux des individus.

Nous ferons une constatation du même genre, et plus poussée, en étudiant maintenant l'absolutisme de la propriété dans les *attributs* qu'elle comporte.

SECTION III. — ABSOLUTISME DU DROIT DE PROPRIÉTÉ QUANT A SES ATTRIBUTS

1468. Principe. — Traditionnellement, le propriétaire a, sur sa chose, tous les pouvoirs imaginables; il exerce sur elle une véritable souveraineté, *plena in re potestas*, en sorte qu'on a pu définir la propriété « la projection de la personnalité humaine dans le domaine des choses » (AHRENS); l'article 544 se réfère à cette idée séculaire lorsqu'il reconnaît au propriétaire « *...le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue...* »

1469. Application. — Les jurisconsultes romains faisaient de cette puissance souveraine une analyse demeurée classique; le propriétaire, disaient-ils, peut *uti*, *frui*, *abuti*.

1° *Uti*. Le propriétaire peut *user* de la chose, *s'en servir*, par exemple en habitant une maison, en cultivant son domaine, en portant un vêtement.

2° *Frui*. Cet attribut concerne la *jouissance* de la chose : tous les fruits, *naturels*, *industriels* ou *civils* sont acquis au propriétaire du bien qui les donne, réserve faite des droits du possesseur de bonne foi (*Sup.*, n^os^ 1405 et suiv.) et de ceux des envoyés en possession (*Sup.*, n^os^ 201*bis* et 1413).

3° *Abuti*. On vise, par ce mot, la faculté de *disposer* de la chose, soit *matériellement*, en la transformant, en la détériorant ou en la détruisant, soit *juridiquement*, en cédant les droits que l'on a sur elle (vente, donation, disposition testamentaire), ou en la grevant de droits réels.

1470. Autre classification. — On peut faire de la distinction des actes en actes *matériels* et en actes *juridiques*, le pivot de l'analyse descriptive des droits du propriétaire : celui-ci accomplit un acte *matériel* lorsqu'il monte un cheval, lorsqu'il conduit une automobile, lorsqu'il abat des arbres, lorsqu'il chasse sur ses terres, lorsqu'il détruit son bien; il procède à un acte *juridique* s'il donne sa chose à *bail*, s'il la remet à quelqu'un en *dépôt*, s'il la grève de *droits réels*, s'il l'*aliène*.

1471. Remarque. — Si tous ces attributs échoient au propriétaire, c'est évidemment parce qu'ils sont impitoyablement refusés à toutes autres personnes : un pouvoir *absolu* est nécessairement *exclusif*. La situation prépondérante, omnipotente du maître est la résultante de la défense faite à quiconque de toucher à la chose, d'empiéter sur les prérogatives de son légitime propriétaire. Le Code civil *allemand*

insiste sur ce caractère exclusif du droit de propriété, sur cette idée que le propriétaire peut s'opposer à toute « *entreprise de la part des tiers* » (C. civ. allemand, art. 903 et suiv.) Notre Code civil français, abordant le problème par une autre face, insiste plutôt sur le caractère absolu et positif de la propriété.

1472. Limitations. — Mais l'absolu n'est pas de ce monde juridique; il n'est guère de droits qui soient vraiment isolés dans l'espace et dans le temps; toutes les facultés juridiques, par cela même qu'elles se réalisent dans un milieu social, comportent fatalement des limites; elles se trouvent comprimées au nom de situations, d'aspirations également respectables qui revendiquent leur part légitime et qui doivent l'obtenir.

1473. Plan. — Les *limitations* ou *restrictions* au droit de propriété sont extrêmement nombreuses : nous les grouperons en quatre catégories, en allant du général au particulier.

1° Limitations générales dérivant de la *fonction sociale* du droit de propriété, de son esprit et de son but (théorie de *l'abus des droits*);

2° *Restrictions* spéciales établies dans l'intérêt de la *collectivité*;

3° Restrictions commandées par l'intérêt des *propriétés voisines* (*obligations de voisinage*);

4° Restrictions imposées par la volonté de l'homme (*clauses d'inaliénabilité*).

Le quatrième groupe sera étudié plus loin (n^os^ 1841 et suiv.).

§ I. — LIMITATIONS GÉNÉRALES DÉRIVANT DE L'ESPRIT ET DU BUT, DE LA FONCTION SOCIALE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ : THÉORIE DE L'*ABUS DES DROITS*

1474. Principe général. — Comme nous l'avons précédemment indiqué (*Sup.*, n^os^ 161 et suiv.), il est de l'essence des droits d'être, non pas absolus, souverains, mais *relatifs* : la constatation vaut pour les droits réels eux-mêmes et pour leur prototype, le droit de propriété, absolu en ce sens qu'il est opposable à tous (*Sup.*, n° 1433). Ce droit est relatif dans son *exercice*, dans sa *réalisation*, en ce sens qu'il ne peut être utilisé impunément que dans le plan de sa mission sociale, dans la ligne de son esprit, sinon son titulaire n'en use plus

à vrai dire, mais il en *abuse*; il commet un *abus du droit de propriété*, c'est-à-dire un *détournement* de ce droit par rapport à son but, et il engage par là même sa responsabilité : ce n'est pas pour réaliser l'injustice que les pouvoirs publics nous reconnaissent des droits, mais bien pour en faire un usage régulier et légitime.

1475. Critère de l'abus. — Pour le découvrir, il faut pénétrer jusqu'à l'esprit même du droit de propriété, lequel est, en surface tout au moins, un esprit *égoïste*, dans le meilleur sens du mot : tout ce qu'on demande au propriétaire, et tout ce que notre jurisprudence exige de lui, c'est qu'il poursuive la *satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime* : la formule, devenue de style, se retrouve dans un grand nombre de décisions judiciaires; c'est l'*intérêt sérieux et légitime* qui est constitutif, en matière de propriété, du *juste motif*, du *mobile légitime*. Tant que le propriétaire obéit à un mobile de ce genre, il échappe en principe à toute responsabilité à raison des dommages causés à des tiers; mais s'il s'écarte de cette ligne de conduite, s'il va à l'encontre de l'esprit même de son droit, il commet une faute susceptible, lorsqu'il en est résulté un préjudice pour autrui, d'engager sa responsabilité vis-à-vis de la victime.

Etant donné ces prémisses, seront considérés comme abusifs les actes suivants :

1° D'abord et surtout, ceux qui procèdent de l'*intention de nuire à autrui* : tout usage *malicieux*, *malveillant* de la propriété présente un caractère abusif. Nous pouvons bien, en faisant œuvre de propriétaire, causer un préjudice à autrui, mais nous ne pouvons pas rechercher, de propos délibéré, la réalisation de ce préjudice : le dommage peut être un *effet*, une résultante de notre activité; il ne saurait jamais en constituer le *but*.

Notre jurisprudence fait constamment des applications de ces directives soit au propriétaire qui utilise son *domaine aérien* pour nuire à ses voisins, en élevant une fausse cheminée qui obscurcira leur demeure (Colmar, 2 mai 1855, *D. P.*, 1856, 2, 9; Trib. civ. Sedan, 17 déc. 1901, *S.* 1904, 2, 217, note G. Appert), ou en édifiant des ouvrages formidables surmontés de pointes acérées, destinées à déchirer les enveloppes des dirigeables sortis d'un atelier de construction (affaire dite des *Clément-Bayard*, trib. civ. Compiègne, 12 fév. 1913, *D. P.*, 1913, 2, 177, note L. Josserand; Amiens, 12 nov. 1913, et Req. 3 août 1915, *D. P.*, 1917, 1, 79); soit au propriétaire qui abuse du *domaine souterrain* en y pratiquant des fouilles en vue de tarir les sources jaillissant sur

le fonds contigu (Lyon, 18 avril 1856, *D. P.*, 1856, 2, 199; Req. 10 juin 1902, *S.* 1903, 1, 11, *D. P.*, 1902, 1, 454); soit enfin à celui qui utilise la *surface* de son fonds pour organiser un tapage assourdissant destiné à effrayer le gibier et à rendre infructueuse la chasse en cours sur le fonds voisin (Paris, 2 déc. 1871, *D. P.*, 1873, 2, 185; Amiens, 5 fév. 1912, *D. P.*, 1913, 2, 177, note L. Josserand).

2° Sont également abusifs les actes accomplis en vue de la satisfaction d'un intérêt égoïste, mais d'un intérêt qui n'est pas sérieux et légitime, comme si un propriétaire foncier rend la vie intenable à son voisin dans l'espoir que celui-ci se portera acquéreur de son domaine au plus haut prix afin de se débarrasser d'un insupportable gêneur (voy. les décisions citées dans l'affaire des *Clément-Bayard*).

3° La jurisprudence française, et plus encore la jurisprudence belge, reconnaissent le caractère abusif à l'acte accompli par un propriétaire qui, ayant eu à choisir entre plusieurs manières d'exercer son droit, a opté pour celle qui était de nature à préjudicier le plus gravement à un tiers; et cela sans nécessité, sans utilité aucune. Celui-là encore n'a pas obéi à la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime (Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910, *D. P.*, 1911, 2, 133; pour la jurisprudence *belge*, voy. le livre de M. Campion, *La théorie de l'abus des droits*, n° 54; pour la *Pologne*, v. *Rev. trim.* 1936, p. 300); et il en va de même de celui qui n'a pas pris toutes mesures nécessaires pour éviter de nuire à autrui, mesures dont l'observation lui est de plus en plus volontiers imposée formellement par la jurisprudence (Civ. 4 déc. 1935, *S.* 1936, 1, 208, *D. H.* 1936, 70) et par l'autorité législative ou réglementaire : c'est ainsi que le décret du 1er décembre 1933, rendu en exécution de l'article 114 de la loi de finances du 31 mai 1933, oblige les constructeurs, exploitants, revendeurs et détenteurs d'installations ou d'appareils électriques, à les pourvoir de dispositifs en vue de protéger la réception des émissions de radiodiffusion contre les troubles parasites qu'ils provoquent. (V. Maurice Berthier, *La lutte juridique contre les perturbations radioélectriques en matière de radiodiffusion*, thèse, Lyon, 1935.)

Plus généralement, la tendance s'affirme de rendre le propriétaire responsable de *toutes les fautes* qu'il commet dans l'exercice de son droit, et du moment qu'il en résulte un préjudice pour un tiers. Voyez, pour l'aggravation des risques d'incendie déterminant, à la charge du voisin, une surprime d'assurance, Req. 27 janv. 1931 (*S.* 1932, 1, 89, note Vialleton), et, pour un curieux conflit entre phonographe électrique et appareil de T. S. F., Douai, 1er déc. 1930

(*Gaz. trib.* 24 fév. 1931) ; ou entre appareil de radiothermie et appareil radiophonique, (Amiens, 21 déc. 1932, *S.* 1933, 445, *D. H.* 1933, 123 et Civ., 29 mai 1937, *D. H.*, 1937, 393) ; ou entre une sonnerie électrique et un appareil radiophonique (Civ., 29 mai 1937, *D. H.*, 1937, 394) ; ou encore entre enseigne lumineuse et possesseurs de postes récepteurs de T. S. F., trib. com. Seine, 14 nov. 1933 (*S.*, 1934, 2, 23). On n'admet pas que le propriétaire porte atteinte à des intérêts respectables et légitimes, par négligence, par caprice ou par sans-gêne; il doit se comporter prudemment, raisonnablement; il doit faire preuve d'initiative et de modernisme en dotant sa chose, son appareil, de tous les perfectionnements suggérés par le dernier état de la science; la propriété tend ainsi à se teinter d'altruisme et à devenir le centre d'obligations *positives*, reconnues à la charge du titulaire; elle se dépouille de son caractère absolu et statique pour devenir plus relative, à la fois, et plus dynamique. (V. la chron. de jurisp. de M. Solus, *Rev. trim.*, 1933, p. 516; la note de M. Savatier, *D. P.* 1933, 1, 116; Pierre de Harven, *Est en faute celui qui ne se conforme pas au progrès, Rev. gén.* (belge) *des assurances et des responsabilités*, janv. 1930; Campion, *op. cit.*; H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, 2e éd., t. I, nos 524 et s.)

1476. Distinction entre les attributs du droit de propriété. — Il ne faut d'ailleurs pas croire que tous les attributs du droit de propriété se plient à la discipline de l'abus des droits : il en est qui s'en affranchissent, de par la volonté, expresse ou implicite, du législateur, et qui peuvent être exercés en toute occasion, à toute fin, utile ou non : de ce nombre est le droit reconnu par l'article 672, § 2, au propriétaire foncier, de couper lui-même, à la limite de la ligne séparative, les racines des arbres du voisin; ou encore, d'après la Cour de cassation, la faculté qui appartient à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté (*inf.* n° 1806) : ce sont là des droits vraiment *absolus*, des droits *non causés*, dont l'exercice ne saurait en aucun cas engager la responsabilité de leur titulaire : la classe à laquelle ils appartiennent est d'ailleurs exceptionnelle; elle ne renferme qu'un petit nombre de prérogatives juridiques.

Voyez, sur ces différents points : L. Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*, nos 13 et suivants.

§ II. — RESTRICTIONS SPÉCIALES ÉTABLIES DANS L'INTÉRÊT DE LA COLLECTIVITÉ

1477. Généralités. — Ces limitations affectent de préférence et presque exclusivement la *propriété foncière*, la collectivité étant ordinairement assez peu intéressée à ce que le propriétaire d'un meuble en fasse tel usage plutôt que tel autre.

Elles vont se multipliant au fur et à mesure que la vie collective devient plus intense : les droits de l'individu sont entamés par ceux de la communauté, et, si le propriétaire foncier n'est pas encore tout à fait le *fonctionnaire social* rêvé par Stuart Mill, il est du moins certain que la propriété individuelle a cessé de mériter les épithètes que lui prodiguait Ihering, qui y voyait l'affirmation d'un *égoïsme insatiable*. Ce mouvement social a commencé dès le jour où a été établi le premier impôt sur la propriété foncière; il s'est continué et il se continue de nos jours, revêtant les manifestations les plus diverses; il trouve son aboutissement le plus saisissant dans l'article 153 de la Constitution de Weimar, d'après lequel : « *Propriété oblige; son usage doit être en même temps un service rendu à l'intérêt général* », ainsi que dans l'article 155 : « ... *l'augmentation de valeur du sol qu'un bien fonds obtient sans dépense de travail ou de capital, profite à la collectivité* ». En *Italie*, dans le corporativisme fasciste, la propriété immobilière est comprise ainsi qu'un « service social » (V. *Proprieta e servizio sociale nel corporativismo fascista*, par Widar Cesarini Sforza, dans la *Revue internationale de la propriété bâtie*, 1937, p. 3). Sur ce travail de socialisation de la propriété foncière, et pour sa critique, v. G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, nos 108 et s.; 127 et s.

1478. L'expropriation. — Sans doute, et comme nous en avons précédemment fait la remarque (*sup.*, n° 1433), la *confiscation* a disparu de nos lois; seule, est possible, en droit moderne, l'*expropriation*, et ce n'est pas là une question de mots. La Révolution a posé le principe que « *la propriété, étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* » (Déclaration des Droits de l'Homme, art. 17.) Un bien ne peut donc désormais être enlevé à son propriétaire et passer, d'autorité, du patrimoine d'un particulier dans le domaine public, qu'autant que l'exige la *nécessité publique* et sous la condition d'une

indemnisation pour le propriétaire évincé. Seulement, ces vues théoriques n'ont pas été exactement consacrées par le législateur : les garanties accordées à la propriété individuelle par la loi du 3 mai 1841, qui a régi la matière pendant près d'un siècle, puis par le décret-loi du 8 août 1935, modifié par le décret-loi du 30 octobre de la même année, qui abroge cette loi (art. 82) et qui s'est substitué à elle, sont moins complètes que ne les avaient voulues les hommes de la Révolution; sans doute, l'expropriation implique une *déclaration d'utilité publique* (par *loi*, par *décret* ou par *décision administrative*, suivant les cas, art. 2 du décret-loi), et elle s'opère *par autorité de justice*, autrefois par jugement du tribunal de première instance, actuellement par simple ordonnance du président de ce même tribunal (art. 1er, 15 et 16); sans doute encore, une indemnité est allouée au propriétaire évincé, dont le montant, jadis fixé, en cas de contestation, par un *jury d'expropriation* (loi du 3 mai 1841), l'est aujourd'hui et en vertu du décret-loi du 8 août 1935, par une *commission arbitrale d'évaluation*, comprenant un magistrat, président, deux fonctionnaires, un notaire et un contribuable (art. 31); sa décision est susceptible d'un appel non suspensif, qui est porté devant le tribunal de première instance (art. 39); mais, d'une part, l'expropriation est suffisamment justifiée par l'*utilité* (et non pas seulement la *nécessité* publique); d'autre part, l'indemnité n'est fixée et n'est allouée à l'exproprié qu'après le jugement d'expropriation à laquelle elle n'est donc point *préalable*, comme le voulait la Déclaration des Droits de l'homme; tout au moins est-elle préalable à la *dépossession* (art. 46 du décret-loi) : l'ancien propriétaire a un *droit de rétention* qui constitue pour lui une forte garantie.

En somme, c'est un recul continu du principe de l'intangibilité de la propriété qui s'est accusé depuis un siècle et dont les principales étapes sont marquées par la loi du 3 mai 1841 et par le décret-loi du 8 août 1935; ce dernier instrument législatif a eu pour but essentiel de réagir tant contre la lenteur de la procédure que contre les indemnités excessives, volontiers allouées à la partie expropriée, par l'ancien jury d'expropriation; mais il est évident que ces vices du système de 1841 constituaient autant de garanties pour la propriété privée; leur disparition ou leur atténuation sont bien dans la ligne générale du mouvement de socialisation de la propriété foncière.

Sur la nouvelle réglementation de la matière, V. G. Baudry, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, d'après la nouvelle législation des décrets-loi, 2 vol. 1937.

1479. Réquisitions. — L'expropriation est limitée aux immeubles, bâtis ou non bâtis. Il arrive cependant que des meubles soient enlevés à leur propriétaire par l'autorité publique : une loi du 3 juillet 1877 a consacré la régularité des *réquisitions militaires* qui trouvent un emploi fréquent en période de guerre, les autorités pouvant réquisitionner notamment les denrées alimentaires et les moyens de transport dans des conditions fixées par la loi précitée et, dans tous les cas, moyennant une juste indemnité.

1480. Classement des restrictions. — Compte tenu des *contributions* qui atteignent la propriété et des dispositions relatives à l'*expropriation* ainsi qu'aux *réquisitions*, un grand nombre de restrictions sont apportées aux droits du propriétaire, les unes qui intéressent la *surface*, le *sol*; d'autres qui affectent le *dessus*; une dernière catégorie enfin qui concernent le *tréfonds*.

1481. I. Restrictions relatives à la surface. — Elles intéressent plus spécialement la propriété *agricole*.

1° L'Etat peut ordonner le *dessèchement des étangs* et des *marais* (L. 11 sept. 1792, du 16 sept. 1807, du 21 juill. 1856);

2° Il peut prescrire le *reboisement* ou le *regazonnement* des terrains situés en montagne (L. 28 juill. 1860, du 4 avril 1882, du 28 avril 1922);

3° Il défend de procéder à certains travaux sans son autorisation : voyez pour le *défrichement* des forêts, le Code forestier, article 219, modifié par la loi du 18 juin 1859;

4° Il soumet certaines cultures à des règles restrictives déterminées. Voyez, pour la culture du *tabac*, la loi de finances du 28 avril 1816, article 180; pour la culture de la *vigne*, il existe toute une réglementation sur laquelle nous ne pouvons nous arrêter et qui est destinée à lutter contre les maladies cryptogamiques;

5° Il faut encore savoir que la *récolte* n'est point tout à fait libre : des bans de *vendange*, de *fauchaison*, de *moisson* peuvent être publiés par la municipalité en vue de fixer le *moment* de la récolte (L. 9 juill. 1889, art. 13), et la violation de ces prescriptions est punie d'une amende de 6 à 10 francs (C. pén., art. 575).

Nous bornons là l'énumération, *très incomplète*, de cette catégorie de restrictions, en observant que certaines d'entre elles se ramènent, non point à des défenses, mais à des *ordre d'agir* : elles ont un caractère, non pas négatif, mais bien *positif*.

1482. II. Restrictions relatives au domaine aérien.

— Ici, c'est la *propriété bâtie* qui est en cause, et aussi, parfois les *plantations*.

1° Dans les villes, le propriétaire qui veut construire doit se conformer aux règlements fixant la *hauteur* des bâtiments, le *nombre des étages*, etc.;

2° Il est dans l'obligation de respecter *l'alignement* fixé par un plan général;

3° Dans le voisinage immédiat d'un *cimetière*, il ne peut, sans autorisation, ni construire, ni creuser un puits (D. 7 mars 1808 (art. 1er));

4° Propriétaire d'une maison, il peut être contraint à des *travaux d'assainissement* (L. 15 fév. 1902 *relative à la protection de la santé publique*). Cette loi, qui a conféré aux municipalités de très larges pouvoirs, dans un but d'hygiène publique, attribue à l'autorité municipale le droit de faire défense à un propriétaire de louer une maison insalubre, pour être habitée, et aussi celui de faire exécuter les travaux d'assainissement jugés nécessaires, aux frais du propriétaire (art. 11 et suiv.);

5° Dans les villes pour lesquelles existe un *plan d'extension et d'aménagement*, des restrictions particulières sont instituées, en ce qui concerne les constructions, par les lois du 14 mars 1919 et du 19 juillet 1924, suivies d' un décret-loi du 25 juillet 1935, tendant à la création de projets régionaux d'urbanisme; pour ce qui est de la *région parisienne*, v. la loi du 14 mai 1932, autorisant l'établissement d'un projet d'aménagement de la dite région, et deux décrets-lois portant la date du 25 juillet 1935 (*D. P.* 1935, 4, pp. 257 et s.);

6° Une loi du 4 juillet 1935 a établi des servitudes spéciales, dans l'intérêt de la *navigation aérienne* (*inf.* n° 1977); elles s'analysent principalement dans des restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété sur les fonds voisins de certains aérodromes et de certaines bases d'hydravions;

7° L'immeuble *classé* à raison de son intérêt *artistique* ou *historique* est soumis à un statut restrictif particulier (L. 31 déc. 1913);

8° Si le propriétaire d'un terrain veut le diviser en parcelles pour la construction de maisons, il doit se conformer à toute une réglementation relative aux *lotissements* (L. 14 mars 1919 et du 19 juill. 1924);

9° Enfin, on doit signaler les restrictions qui frappent le propriétaire, en tant que *bailleur*, du fait de la *législation des loyers*, consécutive à la guerre; il ne peut plus donner ses immeubles à bail à qui et comme il l'entend.

1483. III. Restrictions relatives au tréfonds. — La

terre recèle, dans ses profondeurs, des richesses dont les pouvoirs publics ne sauraient se désintéresser en abandonnant leur exploitation au propriétaire du sol; il importe de tirer le meilleur parti possible de matières nécessaires à la vie même de la communauté; de là des restrictions imposées aux droits du propriétaire foncier.

Notre législation distingue les *mines*, les *minières*, les *carrières* et les *tourbières;* en outre, depuis les décrets-lois de 1935, les *eaux souterraines* sont l'objet d'une protection et d'une réglementation spéciales.

1° Les *mines* comprennent d'abord *tous les gisements métalliques*; puis les dépôts de *houille*, de *soufre*, de *bitume*, d'*alun* et de *sulfates à base métallique* (L. 21 avril 1810, art. 2).

Le régime applicable à ces richesses souterraines est fixé par la loi du 21 avril 1810, très gravement modifiée par les lois des 9 mai 1866, 27 juillet 1880, 23 juillet 1907, 16 décembre 1922, 26 janvier 1928, mais surtout par celle du 9 septembre 1919 : il est à base de *concession*. L'Etat peut exproprier le propriétaire foncier pour concéder la mine à un tiers, à une personnalité compétente, à une société qui en aura l'exploitation. L'exproprié est indemnisé, non par l'Etat, mais par le *concessionnaire* qui lui servira une redevance, la *redevance minière*, laquelle est représentative de la mine et offre un caractère *immobilier*, du moins aussi longtemps qu'elle a pour titulaire le propriétaire de la surface; c'est une sorte *d'immeuble par destination* (Sup., n° 1359). Désormais, il y a donc *trois* immeubles au lieu d'*un* : 1° la *surface*; 2° la *mine concédée*; 3° la *redevance minière*.

Depuis la loi du 9 sept. 1919, les concessions, jadis perpétuelles, ne peuvent être que temporaires; elles sont accordées pour une période qui varie de 50 à 99 ans, suivant les cas (*Inf.*, n° 1956); de plus, et c'est une autre très importante innovation, le concessionnaire, qui assume de lourdes charges, doit faire participer l'Etat et le personnel aux bénéfices de l'exploitation (art. 1 et art. 2, § 8); enfin, à l'expiration de la concession, la mine fait retour à l'Etat (art. 1er, § 3).

Une loi du 9 février 1935 a étendu à l'*Alsace* et à la *Lorraine* notre législation minière française;

2° Les *carrières* renferment des *ardoises*, grès, granits, marbres, pierres à chaux et à plâtre, calcaires à bâtir, cailloux et sables (L. 21 avril 1810, art. 4). Comme l'exploitation de ces substances intéresse la communauté moins que celle des mines, elle est abandonnée au propriétaire foncier qui peut s'y livrer sans autorisation, mais non pas sans

éclaration à la mairie (L. de 1810, art. 81 et 82). C'est donc ci le régime de la *déclaration* qui s'oppose à celui de la *concession*; l'Administration a d'ailleurs un droit de surveillance.

En ce qui concerne la *région parisienne*, le décret-loi du 5 juillet 1935, *relatif à l'aménagement* de la région parisienne, prévoit qu'un règlement d'administration publique xera les conditions auxquelles seront soumis les travaux 'exploitation des carrières dans les zones de protection art. 18 du décret-loi);

3° Les *minières*, qui renferment les *minerais de fer*, dits *'alluvion*, les *terres pyriteuses* renfermant du sulfate de r, les *terres alumineuses*, sont soumises, en principe, au même régime que les carrières;

4° Quant aux *tourbières*, leur exploitation est subordonnée une *autorisation* qui doit être demandée à la sous-préfecure; elles sont donc soumises à un régime intermédiaire ntre celui des mines d'une part et celui des carrières et mières d'autre part;

5° *Eaux souterraines; sondages et forages*. Jusqu'en 1935, était loisible à un propriétaire foncier de pratiquer des ouilles, de creuser des puits dans son domaine, de bouleerser son tréfonds, réserve faite des dispositions précéentes, relatives aux mines, minières, tourbières, carrières, aussi de l'application, dans ses rapports avec ses voisins, la théorie de l'abus des droits (*sup.* n° 1474). Mais, à une poque récente, le législateur s'est avisé que les eaux souterines constituent, elles aussi, une richesse précieuse dont importait de conjurer le gaspillage, notamment dans la égion parisienne « où la question se pose d'une manière lus pressante qu'ailleurs », « gaspillage, à la fois quantitif, par l'épuisement des nappes souterraines profondes, qualitatif, par l'utilisation peu satisfaisante de ces eaux... » Rapport du président du conseil au président de la République).

En vue de conjurer un tel péril, un décret-loi du 8 août 935, *sur la protection des eaux*, décide qu' « *aucun puits ou ondage de plus de 80 mètres de profondeur, ne pourra être ntrepris dans les départements de la Seine, de Seine-et-Oise de Seine-et-Marne, sans autorisation préalable* », laquelle *est accordée par le préfet après enquête et sur l'avis des ngénieur des mines* ». (Art. 1[er] et 2 du décret-loi.)

Ainsi se trouve limité, dans un intérêt public, le droit, our le propriétaire, de pratiquer des fouilles, des sondages ans son terrain, et cela sous peine d'une amende, pouvant élever jusqu'à 5.000 francs.

Il est vrai que le décret-loi ne vise que trois départements; mais la généralisation du système de protection qu'il institue est prévue dans son article 11, d'après lequel « *les dispositions du présent décret pourront être étendues aux autres départements français par des décrets rendus sur la proposition du ministre des Travaux publics et du ministre de l'Intérieur, qui fixeront dans chaque cas la profondeur au delà de laquelle aucun sondage ni forage ne pourra être pris sans autorisation* ». Le régime institué par ce décret-loi a donc, virtuellement, sinon *de plano*, une valeur d'application générale.

§ III. — RESTRICTIONS COMMANDÉES PAR L'INTÉRÊT DES PROPRIÉTÉS VOISINES (Obligations de voisinage)

1484. — Le droit de propriété, de par son intensité même, se prête, plus que toutes autres prérogatives, à des empiétements, à des entreprises sur les droits d'autrui. Comme on l'a remarqué (Ihering, *Œuvres choisies*, traduct. *de Meulenaere*, t. II, pp. 112 et suiv.) un propriétaire qui prétendrait user de son droit indéfiniment et pour ainsi dire jusqu'à la lie, entamerait en réalité les droits également intenses et respectables de ses voisins; si, par exemple, il effectuait des plantations à la limite même de son héritage, ses arbres emprunteraient au fonds limitrophe, en y poussant leurs racines, une partie de leur nourriture, de même que, s'il pratiquait des ouvertures dans un mur situé aux confins de son fonds, il entreprendrait en réalité sur le domaine aérien du voisin dont la propriété perdrait son indépendance et, par suite, une bonne part de son agrément et de sa valeur. Ces exemples suffisent à montrer que les droits de propriété portant sur des fonds voisins doivent se faire des concessions réciproques, à peine de s'entre-dévorer : une transaction doit intervenir dont il appartient au législateur de fixer les termes et qui se traduira nécessairement par l'établissement de nouvelles limitations apportées à la propriété foncière, non plus dans l'intérêt de la collectivité, mais dans celui des propriétaires voisins.

1485. Plan. — Ces limitations sont réglementées par le Code civil dans les chapitres I et II du titre IV du livre II, aux articles 640 et suivants; on doit en distinguer trois catégories :

1° Il en est qui affectent la nature de véritables *servitudes*;

2° D'autres se concrétisent dans des obligations *mutuelles* et *précises* mises à la charge des propriétaires voisins;

3° Une dernière catégorie enfin se ramène à des *directives générales*, à des *obligations génériques* que la jurisprudence impose à ces mêmes propriétaires.

1486. I. **Servitudes.** — La loi grève parfois un fonds d'une véritable servitude afin d'assurer à un autre fonds le droit à l'existence, à l'aménagement, à l'exploitation. On distingue alors, d'une part un domaine qui bénéficie de la servitude, d'autre part un fonds qui y est assujetti; il y a donc, non pas un rapport de réciprocité, mais dépendance, assujettissement d'un fonds vis-à-vis de l'autre.

La plupart de ces servitudes légales se réfèrent au *régime des eaux*; nous les avons donc précédemment rencontrées. C'est la servitude *légale d'aqueduc* (*Sup.*, n° 1465), celle d'*appui* (*Sup.*, n° 1464), celle que l'article 642 établit au profit des agglomérations sur les eaux de sources (*Sup.*, n° 1455), celles qui concernent l'écoulement des eaux d'irrigation (*Sup.* n° 1463) ou celui des eaux drainées (*Sup.*, n° 1466); il y a lieu de rappeler encore la servitude, dite *naturelle*, d'écoulement des eaux (art. 640, § 1; *sup.* n° 1462).

La servitude de *passage en cas d'enclave* (*Inf.*, n^os^ 1980 et suiv.) constitue le parfait prototype de la restriction *unilatérale* aux droits d'un domaine foncier affectant la forme d'un droit réel pour le fonds qui en bénéficie.

1487. II. **Obligations mutuelles et précises établies par la loi entre propriétaires voisins.** — Certaines de ces obligations nous sont déjà connues, avec les restrictions mutuelles qu'elles impliquent :

1° C'est l'obligation, pour les propriétaires de deux fonds limitrophes, de procéder au *bornage*, de le subir (*Sup.*, n^os^ 1437 et suiv.);

2° C'est aussi l'obligation de *se clore*, de participer aux dépenses nécessitées par la clôture des propriétés, dans les villes et dans leurs faubourgs (*Sup.*, n° 1444);

3° Ce sont encore certaines dispositions relatives aux *eaux pluviales*, par exemple celle qui est contenue dans l'article 681;

Nous ne reviendrons pas sur ces différents points; mais d'autres obligations mutuelles sont instituées par la loi entre voisins, qui ont trait :

4° Soit aux *distances* à observer pour les *plantations*;

5° Ou pour certaines constructions, certains travaux ou *dépôts* nuisibles;

6° Soit aux *jours* et aux *vues*.

1488. A. **Distances à observer pour les plantations.** — Les arbres ou arbrisseaux empruntent à la terre, sur une étendue plus ou moins considérable, ses sucs nourriciers; c'est pourquoi, tandis qu'un propriétaire foncier a la faculté d'élever des constructions jusqu'à la ligne séparative des héritages, il est tenu de laisser, entre cette ligne et les plantations qu'il effectue, une certaine distance.

Aux termes de l'article 671, modifié par une loi du 20 août 1881, cette distance est déterminée, en principe, « *par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus* »; à défaut de règlements et d'usages de ce genre, elle est fixée à *deux mètres* pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance de 0 m. 50 pour les végétaux de moindre importance. On remarquera : 1° que les règles légales n'ont ici qu'une *valeur subsidiaire* : elles sont primées par les règlements particuliers et par les usages : la coutume crée le droit, de par la volonté du législateur même; 2° que la *prescription* trouve ici son emploi (art. 672, § 1); le propriétaire ne peut plus se plaindre de la proximité excessive des plantations s'il a laissé s'écouler un délai de trente années, qui courent, non pas seulement du jour où les arbres ont atteint la hauteur de deux mètres, mais dès le moment de la plantation (Req. 3 mars 1931, *S.* 1931, 1, 190).

L'article 671 ajoute, dans son deuxième paragraphe, que « *les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espaliers, de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête du mur* »; mais ceci seulement si le mur est *mitoyen*, c'est-à-dire s'il est la copropriété des deux voisins; dans le cas contraire, s'il appartient *exclusivement* à l'un d'eux, son propriétaire a seul le droit de l'utiliser en y appuyant ses espaliers (art. 671, § 3).

1489. B. **Distances à observer pour certaines constructions, pour certains travaux ou ouvrages.** — En principe, les *constructions* peuvent être élevées à la limite même des héritages : à la différence des *plantations*, elles ne demandent pas de nourriture au fonds voisin.

Cependant, il en va autrement pour des constructions ou ouvrages dont l'article 674 donne une énumération qui n'est d'ailleurs *nullement limitative* : forage d'un *puits* ou d'une *fosse d'aisance*; construction d'une *cheminée, forge, four, fourneau*; adossement d'une *étable*; amas de *matières corrosives*, etc. Le propriétaire qui effectue ces travaux ou ces dépôts doit observer « *la distance prescrite par les règlements et usages particuliers...* »

1490. C. Jours et vues sur le fonds voisin. — En principe, la vue peut s'exercer librement de fonds à fonds; la gêne, qui peut en résulter, est réciproque, du moins tant que, pour regarder, il faut s'exposer soi-même aux regards d'autrui.

Cette justification annonce des restrictions pour les cas où la vue perdrait son caractère de *publicité* et de *réciprocité*, par exemple lorsque des ouvertures sont pratiquées dans un mur. Alors l'égalité cesse et le propriétaire de la clôture possède une situation dominante par rapport à son voisin : *il peut voir sans être vu*. Aussi la loi intervient-elle pour réglementer les pratiques de ce genre, pour éviter que le propriétaire d'un fonds ne puisse, suivant la formule de la coutume d'Orléans, avoir « *un regard pénétratif sur l'héritage d'autrui* ».

1491. Dispositions réglementaires. — Pour établir cette réglementation, la loi distingue deux sortes d'ouvertures :

1° Les *ouvertures complètes* qui laissent pénétrer, avec le jour, l'air extérieur, et qui permettent donc, à celui qui les a pratiquées, de voir aisément au dehors; ce sont les *vues*. Elles peuvent être *droites* ou *obliques* : *droites*, si elles permettent de regarder chez le voisin sans dérangement aucun; fictivement prolongées, elles aboutissent au fonds contigu; *obliques*, si leur axe n'atteint pas le fonds voisin et si elles exigent donc, de la part de celui qui les utilise et qui doit se pencher, regarder de côté, un certain dérangement.

Il faut ajouter que les *balcons* ou autres *saillies* sont assimilés aux vues droites, encore que l'ouverture correspondante ne représente elle-même qu'une vue oblique par rapport au fonds voisin (arg. art. 678 et 679);

2° Les *jours* sont des ouvertures qui laissent passer la lumière à l'exclusion de l'air extérieur et qui ne permettent donc pas de regarder commodément, pratiquement chez le voisin.

1492. Distances à observer. — 1° Les *jours* peuvent être pratiqués dans un mur, si rapproché soit-il de l'héritage voisin et fût-il situé à la limite même, à condition : *a*) Que le mur dont s'agit *ne soit pas mitoyen*; car, s'il en allait autrement, toute ouverture impliquerait le consentement des deux copropriétaires (art. 676); *b*) Que l'ouverture réunisse certaines conditions *techniques* qui en garantissent l'innocuité : elle doit être à *fer maillé* (garnie d'un treillis de fer dont les mailles ne peuvent avoir plus de dix centimètres de côté), et à *verre dormant*, c'est-à-dire qu'elle doit être pour-

vue d'une vitre fixée dans un châssis immobilisé, scellé à plâtre ou à chaux (même texte); *c*) Enfin, que le jour soit pratiqué à une certaine distance au-dessus du sol ou du plancher du local qu'il doit éclairer : 2 m. 60 pour le rez-de-chaussée; 1 m. 90 pour les étages supérieurs (art. 677). Grâce à ce dispositif, la vue constituera, pour celui qui l'a pratiquée, un observatoire très défectueux dont il ne pourra guère user pour épier les faits et gestes du voisin;

2° Les *vues obliques* ne peuvent être pratiquées qu'à une distance de 0 m. 60 de la limite des fonds (art. 679);

3° Pour les *vues droites*, le Code civil impose la distance de 1 m. 90 (art. 678).

1493. Ouvertures qui échappent aux prescriptions légales. — Ce sont :

1° Celles qui ne confèrent aucune vue (porte close par un panneau plein);

2° Celles qui laissent subsister la réciprocité dans la gêne qui en résulte pour les voisins : palissade à claire-voie par exemple;

3° Celles qui donnent sur un terrain ressortissant au domaine public : un mur, un bâtiment qui bordent une voie publique peuvent être percés d'ouvertures quelconques et quelles que soient la largeur ou l'étroitesse de la dite voie : c'est la destinée d'une voie de ce genre de donner au public et aux riverains l'air et la lumière : les propriétaires dont les domaines sont situés en face, de l'autre côté de la rue, ne seraient pas fondés à se plaindre et quand bien même la distance qui sépare les deux fonds serait des plus minimes (Req., 9 janv. 1934, *S.*, 1934, 1, 106, *D. H.*, 1934, 149).

1494. Sanction des prescriptions légales. — Si une ouverture est pratiquée en violation des prescriptions légales, le propriétaire du fonds voisin peut en exiger la suppression à moins que, par l'effet d'une possession trentenaire, le contrevenant n'ait acquis une servitude de vue (*Inf.*, n^os^ 1991 et suiv.).

1495. Nature des obligations mutuelles et réciproques entre propriétaires voisins. — Il est des auteurs qui reconnaissent aux rapports juridiques ainsi établis par la loi entre propriétaires voisins le caractère de *véritables servitudes* (*Sic.*, Planiol et Ripert, t. I, n° 2909; Maurice Picard, n^os^ 900 et suiv.) : il faudrait y voir des *servitudes légales d'intérêt privé*; et, en effet, le Code civil les réglemente dans un chapitre qui est intitulé « *Des servitudes établies par la loi* »; ce sont donc bien là des charges, des droits réels gre-

vant la propriété foncière; et ce qui achève de le prouver, dit-on, c'est que ces rapports sont indépendants de la personnalité des propriétaires intéressés; ce n'est pas Primus, propriétaire du fonds A, qui est astreint à observer les distances requises pour les plantations, constructions ou vues; c'est le fonds A lui-même qui est assujetti à une telle charge; et si Primus le vend à Secundus, c'est le nouveau propriétaire qui subit le statut réglementaire alors que son auteur en est lui-même libéré.

1496. Réfutation. — Cette thèse nous paraît entièrement erronée.

1° Elle est contraire à la *vérité historique* : pas plus à Rome que dans notre ancienne France, les restrictions de ce genre n'ont été considérées comme des servitudes. Pour notre ancien droit, nous avons le témoignage de Pothier qui traitait de ces restrictions à la suite du contrat de société, donc à propos des obligations, et qui les rattachait au quasi-contrat de voisinage : « Le voisinage est un quasi-contrat qui forme *des obligations réciproques* entre les voisins »; et, parmi ces obligations, l'auteur cite celle de ne pas effectuer des plantations à moins d'une certaine distance de l'héritage voisin (Pothier, *Contrat de société*, n° 230);

2° La thèse que nous critiquons est contraire à la *vérité économique* : sous un régime de liberté de la propriété foncière, elle fait, de ces prétendues servitudes, le droit commun de cette même propriété : la terre de France serait grevée d'innombrables charges s'enchevêtrant les unes dans les autres;

3° Les *textes du Code civil* protestent contre la conception que nous combattons : les articles 639, 651 et 652 qualifient d'*obligations* les limitations que nous étudions à cette place; et l'article 1370, § 3, leur applique le nom d'*engagements*;

4° Enfin, la thèse de MM. Planiol et Maurice Picard nous paraît méconnaître la nature de la servitude. Là où il y a servitude, il y a assujettissement d'un fonds à un autre; il y a un fonds *dominant* et un fonds *servant*, ce qui exclut la *réciprocité*, la *mutualité* dans la charge : or, les limitations dont nous cherchons à préciser la nature juridique ont un caractère certain de réciprocité; elles sont destinées à réaliser l'*égalité* entre propriétaires fonciers voisins.

1497. La véritable explication. — Les limitations réciproques aux droits des propriétaires fonciers voisins sont donc des *obligations*, et, comme le dit formellement le législateur dans l'article 1370, §§ 2 et 3, des obligations « *qui*

résultent de l'autorité seule de la loi », des *obligations légales*. Plus précisément, et si l'on va au fond des choses, ce sont des adaptations à une situation particulière du grand principe écrit dans l'article 1382 d'après lequel « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » : afin d'éviter toute contestation sur le point de savoir si le propriétaire qui a effectué des plantations ou qui a pratiqué une ouverture a commis une faute, le législateur édicte un certain nombre de règles précises dont la violation aura automatiquement un caractère fautif : car c'est évidemment commettre une faute que de transgresser un règlement. Les restrictions mutuelles nous apparaissent ainsi comme autant d'adaptations à des cas particuliers, autant de concrétisations de la grande règle abstraite de sociabilité qui est écrite dans l'article 1382.

Après cela, il importe assez peu que ces limitations soient attachées aux fonds eux-mêmes et non aux personnes des propriétaires; ce n'est pas l'unique exemple d'obligations *propter rem* que l'on rencontre dans notre législation : le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué n'est tenu des dettes hypothécaires qu'en tant que propriétaire; il n'empêche que ces dettes ne soient de véritables obligations; il en va de même des rapports établis par la loi entre propriétaires voisins; c'est dans la propriété foncière qu'elles puisent leur raison d'être et leur origine; en abandonnant cette propriété, on cesse donc d'y être soumis (*Sic.*, Aubry et Rau, t. II, § 194; Demolombe, t. XI, n° 8).

1498. III. **Obligations génériques et indéterminées existant entre propriétaires voisins.** — Indépendamment et au-dessus des servitudes véritables et des limitations précises que la loi a établies en matière foncière, notre jurisprudence reconnaît l'existence de directives générales dont elle s'inspire constamment pour exercer sur le droit de propriété foncière une compression complémentaire des précédentes. Ces directives viennent se concrétiser dans les notions de l'*acte abusif* et de l'*acte excessif*.

1499. — A. Nous nous sommes déjà expliqué sur l'*acte abusif* en montrant comment la thèse générale de l'*abus des droits* trouve son application en matière de propriété et spécialement de propriété foncière (*Sup.*, n^{os} 1474 et suiv.). Sans doute, cette application ne se limite pas aux rapports entre voisins, et c'est pourquoi nous l'avons étudiée dans son plus large rayonnement; mais il n'en reste pas moins

que c'est en notre matière qu'elle se réalise ordinairement, ainsi que l'attestent les exemples empruntés à la pratique judiciaire (construction d'une fausse cheminée, édification d'ouvrages nocifs, fouilles pratiquées pour tarir la source du voisin) : il importait donc d'en rappeler, à cette place, l'existence et la possibilité; le propriétaire qui détourne son droit de sa destination, qui agit *sans motifs légitimes*, est responsable des dommages qu'il cause à son voisin, à raison de la mauvaise impulsion donnée à son activité juridique; il a, en effet, commis une *faute* dont il doit répondre en vertu de l'article 1382.

1500. — B. L'acte *excessif* se présente sous un aspect très différent. Il n'est critiquable, ni en soi, ni par les mobiles qui l'ont dicté à son auteur, par le but à quoi il tend. Seulement, il cause à autrui un préjudice *anormal* et, par conséquent, *injuste*; c'est un acte inattendu, insolite, discordant, qui a rompu l'équilibre de la situation juridique des fonds voisins; il devient générateur de responsabilité à raison du préjudice choquant et injustifiable qu'il cause à des tiers et, plus précisément, à des voisins.

1501. Exemples. — C'est une *usine*, une industrie qui répandent des odeurs malsaines, des émanations putrides ou des fumées délétères (Civ., 27 nov. 1884, *S.*, 1884, 1, 811; Req., 23 oct. 1894, *S.*, 1895, 1, 222; Civ., 18 fév.1907, *D. P.*, 1907, 1, 385, note Ripert; 14 fév. 1910, *D. P.*, 1910, 1, 136; Civ., 18 juin 1923, *S.*, 1924, 1, 212); c'est une *profession bruyante* dont l'exercice incommode les voisins (Orléans, 22 nov. 1889, *D. P.*, 1891, 2, 120); c'est une *porcherie* établie à proximité d'une propriété d'agrément (Req., 5 déc. 1904, *D. P.*, 1905, 1, 77), ou un *dépôt de charbons* qui est installé dans la banlieue d'une ville et qui diffuse des poussières fort désagréables pour les voisins (Req., 19 avril 1905, *D. P.*, 1905, 1, 256); ou c'est une maison de prostitution qui cause à son voisinage un grave préjudice, notamment en dépréciant les propriétés situées dans un certain périmètre (Civ., 3 déc. 1860, *S.*, 1861, 1, 840; 27 août 1861, *D. P.*, 1861, 1, 331; Req., 5 juin 1882, *D. P.*, 1883, 1, 291; 8 juill. 1884, *D. P.*, 1885, 1, 231); ou un établissement qui recueille un grand nombre de tuberculeux (Limoges, 5 fév. 1902, *D. P.*, 1902, 2, 95); ou c'est un marteau-pilon dont le fonctionnement compromet la solidité d'un immeuble voisin (Montpellier, 1er fév. 1933, *D. H.*, 1933, 212); ou enfin, c'est le propriétaire d'un domaine, qui a laissé pulluler le gibier et qui devient alors responsable des ravages exercés sur les

propriétés voisines par les lapins de garenne domiciliés dans son fonds (Civ., 11 mars 1902, *D. P.*, 1902, 1, 112; Civ., 20 oct. 1908, *D. P.*, 1909, 1, 375; Req., 19 oct. 1914 et 17 mai 1916, *D. P.*, 1916, 1, 108; Civ., 7 mars 1923, *D. P.*, 1926, 1, 31).

1502. Absence de faute. — Ces différents propriétaires peuvent avoir commis une faute; ils ont négligé de prendre telle ou telle précaution qui eût conjuré ou du moins atténué le dommage; alors, sans aucun doute, leur responsabilité se trouve engagée aux termes des articles 1382 et 1383; comme on l'a vu, notre jurisprudence se montre, dans cette direction, de plus en plus exigeante (*sup.*, n° 1475); mais il arrive qu'à l'inverse, ces propriétaires ne soient nullement en faute; ils ont exercé des prérogatives qui leur appartenaient incontestablement, et, de plus, ils sont demeurés dans l'esprit de l'institution; loin de vouloir nuire à autrui, ils se sont contentés de faire œuvre de propriétaire, intensément.

Il est si vrai que leur conduite est irréprochable, qu'ils ont peut-être obtenu une *autorisation* des pouvoirs publics, pour l'ouverture d'un établissement *dangereux*, *incommode* ou *insalubre* : en dépit de ce visa administratif, ils pourront être l'objet d'un recours de la part des propriétaires voisins, lésés par le fonctionnement de l'entreprise; l'autorisation n'est accordée que sous la réserve des droits des tiers (Jurisprudence et doctrine constantes : Civ., 17 fév. et 26 mars 1873, *S.*, 1873, 1, 226 et 256; Req., 18 nov. 1884, *S.*, 1885, 1, 69; 7 déc. 1909, *D. P.*, 1910, 1, 95; 19 oct. 1910, *D. P.*, 1912, 1, 507).

Une constatation du même genre est à faire pour la *reconnaissance d'utilité publique* d'un établissement de nature à causer une gêne au voisinage, par exemple d'un *sanatorium*.

Il y a mieux : l'octroi d'une *concession* ne ferait pas disparaître la responsabilité éventuelle du chef de l'entreprise à raison des dommages causés, aux personnes ou aux tiers, par son fonctionnement. C'est ainsi qu'une administration de chemins de fer, *concessionnaire d'un service public*, peut être recherchée en responsabilité si des dommages sont causés par les fumées des machines (Orléans, 25 fév. 1885, *D. P.*, 1886, 2, 227, et, sur pourvoi, Req., 3 janv. 1887, *D. P.*, 1888, 1, 39), ou si un incendie est propagé par les étincelles, les escarbilles enflammées qui s'échappent des locomotives (Req., 4 avril 1905, *D. P.*, 1908, 1, 204; 24 juill. 1905, deux arrêts, *D. P.*, 1908, 1, 183; 17 juill. 1922, *D. P.*, 1923, 1, 172). Comp. pour une usine à gaz construite par

le concessionnaire de l'éclairage d'une ville, l'arrêt précité du 18 juin 1923.

1503. Origine, nature juridique de cette responsabilité. — Il faut renoncer, on le voit, à faire intervenir l'idée de *faute* : le propriétaire ou le directeur de l'établissement sont responsables encore que leur attitude soit irréprochable, qu'ils n'aient commis aucune faute, aucune imprudence, et quand bien même ils s'acquitteraient d'un service public organisé au mieux et dans l'intérêt de la collectivité.

On a bien songé, pour expliquer cette responsabilité, à faire intervenir le concept de l'*abus du droit* : le propriétaire qui cause un dommage à ses voisins ferait de son droit de propriété un usage abusif. (*Sic.*, Colin et Capitant, t. I, p. 765.) Mais c'est méconnaître le sens et le fondement de la théorie de l'abus des droits, laquelle se ramène à celle d'un détournement, d'une déviation des droits que l'on ne relève aucunement dans les hypothèses précitées; ce n'est pas abuser d'un droit qu'exploiter normalement un établissement commercial ou industriel, un sanatorium, une mine ou une ligne de chemins de fer. Sous une autre forme, l'*abus* consiste dans une *faute* dont l'on chercherait vainement en l'occurrence les moindres linéaments. Le directeur de l'établissement dommageable fait acte de propriétaire, intensément, éperdument; il reste dans l'esprit de la fonction, dans la ligne de l'institution (*Sic.*, Maurice Picard, n° 470).

1503*bis*. — On a voulu aussi rattacher les obligations et la responsabilité entre voisins à la notion romaine de l'*immissio* : celui-là serait responsable qui ferait parvenir quelque chose (fumée, odeur, bruit, etc.) sur le fonds d'autrui; mais cette conception (V. Paul Leyat, *La responsabilité dans les rapports de voisinage*, 1936), qui ressortit d'ailleurs, elle aussi, au concept de la faute (*op. cit.*, pp. 21 et suiv.), est impuissante à rendre compte des solutions jurisprudentielles qui ont admis la responsabilité entre voisins en dehors de toute *immissio* et alors que le défendeur avait fait acte de maître chez lui, exclusivement, dans son tréfonds ou dans son domaine aérien.

1504. — La jurisprudence se tire d'affaire, assez ingénieusement, en faisant appel à un concept traditionnel, celui des *obligations ordinaires du voisinage* : un propriétaire n'a pas le droit d'imposer *impunément* à ses voisins une gêne, des désagréments excédant cette commune

mesure : les obligations ordinaires du voisinage (Req., 14 juill. 1875, *S.*, 1875, 1, 352; 8 juill. 1901, *D. P.*, 1901, 1, 464; 22 mai 1901, *D. P.*, 1901, 1, 356; 27 janv. 1931, *D. H.*, 1931, 114; 17 nov. 1931, *S.*, 1932, 1, 56; 12 déc. 1932, *D. H.*, 1933, 37; Civ., 4 déc. 1935, précité; Douai, 30 mai 1854, *D. P.*, 1855, 2, 26) : du moment qu'il dépasse la limite fatale, d'ailleurs assez imprécise, mais qui est cependant déterminée par « le mode courant de jouissance des lieux environnants » (Civ., 4 déc. 1935, *D. H.*, 1936, 70), il engage sa responsabilité; et certains auteurs, commentant, interprétant cette jurisprudence, prétendent l'expliquer en faisant intervenir l'idée de faute qui, à leur avis, doit suffire à tout : le fait de causer à autrui un préjudice qui excède les obligations ordinaires du voisinage, serait, dit-on, constitutif d'une faute (*Sic.*, H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, 2e éd., t. I, nos 611 et s.).

1505. — Il nous semble que l'on peut donner à ce critère une allure plus scientifique, sans d'ailleurs lui rien enlever de sa malléabilité, et échapper à cette sorte de hantise de la notion de faute qui conduit ceux qui y sont en proie à voir partout une faute, subjective ou objective, prouvée ou présumée, effective ou imaginaire, en faisant intervenir ici la notion du *risque créé* : c'est un principe de justice distributive et qui tend à pénétrer de plus en plus dans le droit, que celui qui crée un risque doit, si ce risque vient à se réaliser aux dépens d'une tierce personne, réparer les dommages causés; l'initiative, la direction sont des brevets de responsabilité; en créant un état de choses, qui constitue pour des tiers une cause *exceptionnelle*, *anormale* de dangers ou de désagréments, nous assumons éventuellement la réparation des dégâts occasionnés. L'organisation de la propriété foncière implique une égalité de traitement et de risques entre voisins; du moment que cette égalité est rompue par l'un des propriétaires et au détriment des autres, elle doit être rétablie, d'une façon ou d'une autre, par la reconnaissance d'un rapport obligatoire entre les intéressés; l'acte *excessif*, encore que *non fautif*, devient une source de responsabilité, parce que créateur d'un risque exceptionnel et anormal.

Il est si vrai que telle est l'origine et que telle est la raison d'être de la responsabilité, que celle-ci cesse d'être encourue si l'acte envisagé n'a pas rompu l'égalité entre voisins, s'il s'harmonise avec une situation antérieurement organisée : par exemple, le propriétaire d'un terrain situé dans un quartier industriel, déjà couvert d'usines, ne serait

pas fondé, s'il construit, dans ces conditions, une luxueuse villa, à se plaindre des inconvénients du voisinage; ainsi le veut la thèse dite de la *pré-occupation*, présentée par Demolombe et acceptée, sous le bénéfice de certaines réserves (V. Civ., 4 déc. 1935, précité), par la jurisprudence (Civ., 18 fév. 1907, précité, motifs; Alger, 22 fév. 1898, *S.*, 1899, 2, 107; *D. P.*, 1899, 2, 6; Bordeaux, 5 mars 1903, *D. P.*, 1908, 2, 49, note H. Capitant, *S.*, 1905, 2, 41, note Appert). De même, le propriétaire qui a acquis sa maison en connaissance de cause, dans une localité où il est d'usage que les cultivateurs placent leur fumier à proximité de leur habitation, ne saurait par la suite se plaindre de cet état de choses (Besançon, 15 nov. 1934, *S.*, 1935, 2, 14). En pareille éventualité, le risque n'a pas été créé par l'auteur du dommage; c'est la victime qui est allée au devant de lui et qui serait donc mal venue à incriminer une activité dommageable, s'exerçant dans une harmonie préétablie qu'elle a elle-même rompue.

1506. Récapitulation : Actes productifs de responsabilité entre voisins. — En résumé, les actes par lesquels un propriétaire foncier peut engager sa responsabilité, ressortissent aux trois catégories suivantes :

1° Actes *illégaux*; ce sont ceux qui sont accomplis en violation d'une disposition législative ou réglementaire, comme si un propriétaire a effectué des plantations au delà des limites fixées par la loi ou s'il a pratiqué des jours dans un mur mitoyen. L'entreprise sur la propriété d'autrui est alors manifeste; l'auteur de l'acte a dépassé les limites objectives de son droit; une sanction s'impose, dans tous les cas, sans que le demandeur ait à faire la preuve d'un dommage matériel qu'il aurait éprouvé; l'atteinte au « droit de possession » est illégale, par elle-même (Req., 6 mars 1934, *D. P.*, 1937, 1, 17, rapport de M. Pilon);

2° Actes *abusifs* ou, plus généralement, actes *fautifs*. Le propriétaire a exercé une prérogative qui lui appartenait, mais il a obéi à des mobiles incorrects, il a poursuivi un but qui est en désaccord avec la finalité du droit; plus généralement, il a commis une faute dans l'exercice de son droit; il a détourné ce droit de sa destination, il en a mésusé, il en a abusé; sa responsabilité est engagée, du moins *si le détournement, si la faute commise a causé un préjudice à autrui*; et c'est au plaignant qu'il appartient de prouver la réalité et le *quantum* de ce préjudice;

3° Actes *excessifs* : ce sont ceux qui, accomplis en vertu d'un droit certain et dans un but légitime, sont cependant

de nature à causer à autrui un dommage anormal, ceux qui sont constitutifs de risques, comme si un industriel compromet les récoltes avoisinantes par les fumées et les gaz qui se dégagent des cheminées de son usine.

Dans le premier cas, la responsabilité découle de l'acte lui-même, envisagé en soi; dans le deuxième cas, elle procède de sa genèse, du mobile-but; dans le troisième, des conséquences matérielles de cet acte, du caractère excessif et anormal du préjudice causé. Le premier et le troisième chef de responsabilité sont d'ordre *objectif*; le deuxième est plutôt d'ordre *subjectif*, en ce sens qu'il suppose la commission d'une faute. (Voy. sur ces points, L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, nos 13 et suiv., notamment nos 26 et suiv.)

1506*bis*. — Nous arrivons à constater, après avoir décrit les *attributs de la propriété*, qu'une évolution se produit dans le sens de la limitation, de l'adaptation de la propriété *individuelle* à des fins qui dépassent l'*individu* : cette tendance s'accuse, non seulement par les progrès de la thèse de l'abus du droit de propriété, thèse empreinte de *finalité* et de *relativisme juridique*, mais aussi par la multiplication des restrictions, précises ou génériques, qui affectent ce droit dans sa réalisation pratique, et notamment par le développement de la notion du *risque* : pris entre ces deux concepts très différents, celui de l'*abus* et celui du *risque créé*, le droit de propriété subit une compression sévère et perd de son absolutisme traditionnel; il n'est plus un *dominium* au sens étymologique du mot, et il tend à devenir un droit comme un autre, social par son origine, par sa raison d'être, comme dans sa réalisation pratique.

Section IV. — ABSOLUTISME DU DROIT DE PROPRIÉTÉ QUANT À SA DURÉE

Perpétuité de la propriété

V. Chauffardet, *Le problème de la perpétuité de la propriété*, thèse, Aix, 1933; Aulagnon, *La pérennité de la propriété*, *Rev. crit.*, 1933.

1507. Idée traditionnelle. — Traditionnellement, le droit de propriété est absolu dans sa durée; à la différence des autres droits, il n'est pas susceptible de s'éteindre purement et simplement, aussi longtemps du moins qu'existe la chose sur laquelle il porte et avec laquelle il s'identifie. Sans doute, il peut changer de titulaire, en vertu d'un contrat,

d'un testament, d'une dévolution successorale; mais ce changement ne l'atteint pas dans son existence même; si, par exemple, une chose est vendue, la propriété n'est pas éteinte, ou du moins elle ne l'est que par rapport au vendeur; elle a changé de mains, elle s'est déplacée. La perte du droit — *purement relative* — intervient en conséquence de son acquisition par un nouveau titulaire. En ce sens, il est vrai de dire que la propriété corporelle est un *droit perpétuel*.

1508. Conséquences du postulat de la perpétuité de la propriété. — Le dogme de la perpétuité de la propriété était entendu, par le droit romain de la bonne époque, avec une logique, une rigueur implacables; il commandait, entre autres, aux solutions suivantes :

1° La propriété, à la différence des autres droits, ne pouvait pas être affectée de *modalités extinctives* : le terme extinctif et la condition résolutoire étaient également prohibés : lorsqu'on devenait propriétaire, c'était pour toujours (Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 530);

2° Si un propriétaire *abandonnait* sa chose avec l'intention d'en abdiquer la propriété au profit du premier occupant, de celui qui s'en emparerait, il conservait néanmoins sa propriété jusqu'au jour de la prise de possession de la part d'un tiers; sa seule volonté était impuissante à le dépouiller; on considérait qu'une sorte de tradition s'opérait de l'ancien propriétaire au nouveau, une tradition *incertæ personæ*. Telle était du moins l'opinion des Proculiens (Huvelin, *op. cit., loc. cit.*);

3° La propriété n'était pas susceptible de s'éteindre par le simple *non-usage*. Le propriétaire qui négligeait sa chose, qui, pendant dix, vingt, trente années ou davantage, ne faisait aucun acte de maître, demeurait néanmoins propriétaire. Il ne cessait de l'être que lorsqu'un autre le devenait à sa place par l'effet d'une prescription acquisitive, d'une usucapion : la prescription extinctive ne pouvait pas mordre sur le droit de propriété alors qu'elle trouvait son application avec les autres droits réels.

1509. Evolution. — Cette rigueur géométrique s'est adoucie par la suite : dans le droit de Justinien, le terme extinctif et la condition résolutoire purent affecter le droit de propriété; d'autre part, la thèse sabinienne, d'après laquelle la perte de la propriété était la conséquence immédiate de la *derelictio*, l'a emporté sur la thèse proculienne; et, sur ces deux points, l'évolution devait être définitive;

notre droit positif moderne en consacre les résultats, sans contestation possible (Voy. sur le deuxième point, *Inf.* n^os^ 1676 et suiv.).

1510. Le problème de l'extinction du droit de propriété par le non-usage. — Sur le troisième point, sur la question de savoir si le droit de propriété est tributaire de la prescription extinctive, s'il est susceptible de s'éteindre par cela même qu'il n'est point exercé, par le simple *non-usage*, c'est la solution romaine qui est demeurée incontestée jusqu'en 1879; à cette date, et à l'occasion d'une espèce curieuse et intéressante, M. Robinet de Cléry, avocat général, développa, devant la Chambre des requêtes, cette thèse que la propriété n'était point nécessairement perpétuelle et que l'action en revendication était susceptible de s'éteindre par la prescription de trente ans : l'article 2262 décide, en effet, dans les termes les plus généraux, que « *toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans...* », et l'action en revendication doit, subir la loi commune. La Chambre des requêtes ne prit d'ailleurs pas parti sur le problème ainsi posé devant elle (Req., 5 mai 1879, S., 1879, 1, 313, note Ch. Beudant; *D. P.*, 1880, 1, 145, avec les conclusions de l'avocat général).

1511. — La doctrine dissidente, préconisée par Robinet de Cléry, a recueilli quelques adhésions (Voy. notamment Ch. Beudant, note précitée; Chauffardet, thèse précitée, pp. 199 et s.); mais elle a fait contre elle la grande majorité des suffrages :

1° Elle est contraire à la tradition, tant du droit romain que de notre ancien droit (Pothier, *Traité du domaine de propriété*, n^os^ 274 et suiv.);

2° Elle va à l'encontre de l'absolutisme du droit de propriété : le droit de jouir et de *disposer de la chose de la manière la plus absolue* (art. 544) implique celui de ne pas en user, si tel est le bon plaisir du propriétaire;

3° L'article 2262 dont on s'empare dans l'opinion opposée ne peut pas être pris tout à fait à la lettre : des actions existent qui sont imprescriptibles, celles qui concernent l'état des personnes (art. 328) ou la dot de la femme sous le régime dotal (art. 1560 et 1561). D'autre part, les biens du domaine public sont imprescriptibles. Il faut d'ailleurs observer que l'article 2262 a été reproduit de Pothier, lequel reconnaissait à la propriété un caractère perpétuel; la formule ne doit pas avoir changé de signification en passant dans le code civil;

4° On comprend que le droit de propriété soit traité, quant au non-usage, autrement que tous autres droits réels : en effet, l'inaction du titulaire d'un de ces droits, démembrements ou charges de la propriété, profite au propriétaire de la chose; si, par exemple, une servitude de passage n'est point exercée, c'est autant de gagné pour le propriétaire du fonds assujetti dont les prérogatives recouvrent en fait, et de ce chef, toute leur ampleur. On comprend donc que, si cette abstention se prolonge pendant longtemps, le profit qui en résulte pour le fonds servant devienne un profit définitif, consacré par la loi sous la forme de l'extinction de la servitude par le non-usage. Mais si c'est un propriétaire qui laisse dormir ses droits, on ne voit pas qui profite de son inertie; il ne saurait alors être question de transformer le fait en droit, puisque ce fait ne se traduit par des avantages pratiques pour quiconque, pas même pour la collectivité. Ainsi le veut la nature même de la propriété, droit *à l'état principal, isolé*, qui n'a été pris sur aucun autre droit, qui constitue un *droit-souche* et non pas un *droit-démembrement*;

5° La thèse qui admet l'extinction de la propriété par le non-usage aboutit à des conséquences singulières lorsque la chose est détenue par une personne qui ne peut prétendre à la propriété : simple détenteur, congrégation non autorisée. Comme le propriétaire négligent a perdu sa propriété et comme, d'autre part, le détenteur actuel ne pourrait y prétendre, la chose devient *res nullius*; en conséquence, si elle est mobilière, elle appartiendra au premier occupant (*Inf.* n^{os} 1676 et suiv.); si elle constitue un immeuble, elle va de droit à l'Etat comme *bien vacant et sans maître* (*Inf.* n° 1676). C'est donc une doctrine nettement *étatiste* que celle qui a été soutenue en 1879 par l'avocat général Robinet de Cléry; elle dépouille les particuliers négligents pour enrichir le fisc insatiable.

Pour ces raisons, on comprend qu'elle n'ait trouvé de crédit, ni auprès de la jurisprudence (Voy. notamment, Req., 12 juill. 1905, *S*, 1907, 1, 273, note Wahl, *D. P.*, 1907, 1, 141, avec le rapport du conseiller Pothier; Comp. civ. 13 juin 1865, *D. P.*, 1865, 1, 447; Req., 28 juill. 1874, *D. P.*, 1875, 1, 317, Civ., 10 mai 1937, *D. H.*, 1937, 340 : la propriété ne s'éteint pas « par le seul fait du non-usage pendant trente ans »; Grenoble, 27 déc. 1892, *D. P.*, 1894, 2, 429), ni auprès des auteurs (Aubry et Rau, 5e éd., t. II, pp. 476 et 568; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, pp. 592 et suiv.; Colin et Capitant, t. I, p. 993; Maurice Picard, n^{os} 213, 352 et 353).

1512. Propriétés temporaires. — Il existe cependant des propriétés *temporaires* :

1° On peut se demander si, à la différence de la revendication immobilière, qui est imprescriptible, la *revendication des meubles* n'est pas sujette à la prescription trentenaire (*Inf.* n^os^ 1639 et 1646) ; en tout cas, elle se prescrit par *trois années*, dans les termes de l'article 2279, § 2 (*Inf.* n^os^ 1636 et suiv.) ;

2° Le droit de *superficie* est naturellement perpétuel, mais le plus souvent établi *à titre temporaire* ; or, il n'est pas autre chose qu'un droit de propriété immobilière à objet limité (*Inf.* n^os^ 1823 et suiv.) ;

3° Les constructions élevées par le preneur appartiennent, provisoirement et jusqu'à l'expiration du bail, à celui qui les a édifiées (*Inf.* t. II, n^os^ 1213 et 1214) ;

4° Le droit du concessionnaire d'une *mine* est, lui aussi, *nécessairement temporaire* — 99 ans au maximum — depuis la loi du 9 septembre 1919 (*Inf.* n° 1956) ; mais il est vrai que, depuis cette même époque, il ne peut plus être considéré comme un véritable droit de propriété (Maurice Picard, n° 534). L'exception au principe de la perpétuité n'est donc pas nettement caractérisée ;

5° Le droit du concessionnaire d'*énergie hydraulique* appelle des observations du même genre : la plus longue durée est fixée ici à 75 ans (L. 16 oct. 1919, art. 10) ;

6° A plus forte raison faut-il présenter une remarque de ce genre pour la propriété affectée d'un terme extinctif ou d'une condition résolutoire : sans doute, elle prend fin, rétroactivement ou non, par la réalisation de la condition ou par l'arrivée du terme ; mais cette extinction est toute *relative* : la chose, après avoir appartenu à Primus, tombe sous la maîtrise de Secundus ; on ne peut pas dire que le dogme de la perpétuité soit alors mis vraiment en échec ;

7° Le *grevé de substitution* est à considérer comme investi d'une propriété temporaire (*Inf.*, t. III, n° 1896) ;

8° Les véritables et les plus caractéristiques dérogations au postulat de la perpétuité de la propriété se retrouvent parmi les *propriétés incorporelles* ; nous arrivons ainsi à nous préoccuper des diverses *formes* de la propriété.

CHAPITRE III

Les diverses formes de la propriété
(Les propriétés incorporelles)

§ I. — ÉLARGISSEMENT ET DIVERSIFICATION DU CONCEPT DE L'APPROPRIATION DES BIENS

1513. Point de départ. — Les Quirites se faisaient de la propriété une idée étroite, à raison même de l'intensité qu'ils lui reconnaissaient : il y voyaient un droit *dans* la chose, *jus in re*; il la traitaient comme une sorte de *droit matériel*, enserrant de toute part son objet, comme un véritable *dominium*. Dès lors, étaient seuls à même de la comporter, les biens susceptibles d'une maîtrise absolue et sans limites, c'est-à-dire les biens corporels, les choses : fonds de terre, maisons, esclaves, bétail, à l'exclusion des biens incorporels, des droits qui, se détachant de leur objet, répugnaient par leur idéalisation même, à une emprise matérielle, à une appropriation véritable.

1514. Evolution. — Mais il arriva que la propriété, d'abord ainsi matérialisée, traitée comme un corps simple, s'épura au cours des siècles, à Rome même, mais surtout à l'époque moderne et plus encore à l'époque contemporaine, gagnant en étendue ce qu'elle perdait ainsi en profondeur et en intensité. Le phénomène de dissociation fut à double action :

1° D'une part, la propriété portant sur des choses corporelles perdit peu à peu de son absolutisme originel; le changement qui se produisit en ce sens est de notoriété publique en ce qui concerne la propriété foncière; comme nous l'avons montré, le propriétaire d'un domaine, d'une maison, n'exerce plus de nos jours une véritable souveraineté sur sa chose; ses prérogatives traditionnelles comportent des frontières dans maintes directions; son droit ne s'intègre plus aussi parfaitement dans l'objet sur lequel il porte et dont on a une tendance à le détacher; on conçoit et on réalise des propriétés corporelles à attributs restreints, voire même à durée limitée (*Sup.*, n° 1512);

2° D'autre part, on voit apparaître et se développer les premiers linéaments d'une *propriété incorporelle*, c'est-à-dire portant, non sur des choses, mais sur des biens immatériels.

Il est à remarquer que ce nouveau concept juridique était annoncé par certaines institutions qui lui frayaient la route :

a) Par la *copropriété indivise* dont les jurisconsultes romains se faisaient une idée assez singulière et que nous

avons héritée : les copropriétaires ont des droits sur des quote-part idéales — la moitié, le tiers, le dixième — mais non sur la chose elle-même qui échappe complètement à leur action individuelle (*Inf.* n^{os} 1780 et suiv.) ; en définitive, ils ont des droits incorporels, puisque libérés de l'objet sur lequel ils portent sans s'intégrer en lui (*Sic.*, Paris, 19 janv. 1929, *D. P.*, 1929, 2, 137, note Voirin) ;

b) Par l'*usufruit* : ce droit réel, qui constitue un démembrement de la propriété, peut porter sur des biens incorporels comme sur des choses; il est susceptible d'affecter une rente, une créance, un fonds de commerce, un usufruit même (*Inf.* n° 1862) : s'il en est ainsi du démembrement de la propriété, pourquoi en irait-il autrement de la propriété elle-même, envisagée dans sa plénitude? Le tout n'est pas d'une autre essence que la partie.

1515. — Et on s'aperçut que rien, dans la contexture, dans l'essence du droit de propriété, ne s'opposait à une telle idéalisation. Somme toute, et pour qui, s'élevant au-dessus des contingences historiques, se libère un moment du joug des idées romaines, le droit de pleine propriété se caractérise par les trois symptômes suivants :

a) Il confère à son titulaire le maximum de prérogatives et d'avantages que peut comporter un bien d'une nature déterminée; il le met en rapport direct avec lui; il lui en assure la maîtrise, aussi complètement que possible;

b) Il a un caractère d'*exclusivité*; il fait obstacle à toute prétention rivale sur ce même bien;

c) Son *opposabilité* est aussi complète que possible : il s'impose, à l'occasion, au respect de tous.

Tout droit qui répond à ce triple caractère réalise une *appropriation* et mérite d'être catalogué droit de propriété.

Or, ce ne sont pas seulement les choses, les biens corporels qui se prêtent à l'établissement d'un rapport ainsi compris, ce sont aussi les biens incorporels : un fonds de commerce, les droits d'un auteur ou d'un inventeur sur son œuvre.

Ainsi sont apparues les propriétés *incorporelles*, qui sont qualifiées parfois de propriétés *intellectuelles* : la première dénomination nous semble préférable, comme plus compréhensive; un fonds de commerce est incorporel plus sûrement qu'il n'est intellectuel.

1516. — Et il arrive qu'au fur et à mesure que la propriété foncière s'anémie, les propriétés incorporelles se précisent et s'intensifient : le propriétaire d'un domaine a moins de pouvoirs qu'il y a un siècle, mais le propriétaire d'une

œuvre littéraire ou artistique en possède incomparablement plus et qui ont une durée de plus en plus longue (*Inf.* n° 1524); *la patrimonialité des droits de l'esprit s'affirme sans cesse davantage.*

1517. Caractère multiforme et plastique de la propriété. — Dans cette conception moderne, la propriété revêt une étendue et une variété d'aspect qui ne pouvaient lui appartenir dans le droit des Quirites; à vrai dire, il faut parler désormais, non *de la propriété*, mais *des propriétés*. Chaque catégorie de biens comporte une forme d'appropriation à elle particulière : on n'a pas sur un fonds de terre les mêmes droits illimités que l'on exerce sur des meubles meublants, un livre, un chapeau ou un vêtement; la propriété d'une œuvre artistique est tout autre chose que celle d'une maison ou d'un office ministériel; le domaine public de l'Etat obéit à un statut qui se différencie, plus ou moins selon les conceptions qu'on s'en fait (*Inf.* n° 1544), du régime applicable aux patrimoines privés. Des limitations sont apportées aux prérogatives du propriétaire qui sont établies souvent au nom de l'intérêt social; plus une chose est dangereuse et plus étroite est la réglementation dans laquelle sont enserrés les attributs du propriétaire : une substance toxique n'est pas soumise au même statut juridique qu'une denrée inoffensive; l'utilisation d'une automobile ou d'un aéronef ne comporte pas la même liberté d'allures que celle d'une voiture à bras ou même d'une voiture attelée. L'intérêt de la société vient limiter les pouvoirs du propriétaire, et ainsi s'affirme une fois de plus le caractère essentiellement social, dans son origine comme dans son but, du droit de propriété. Il n'y a pas une propriété : il y a des propriétés, parce que l'intérêt de la société est que l'appropriation des biens comporte des statuts en harmonie avec les buts poursuivis, lesquels varient beaucoup : le droit de propriété est un des plus souples et des plus nuancés qui figurent dans les différentes catégories juridiques; sa plasticité est infinie.

Nous nous en convaincrons en examinant, dans des paragraphes successifs, différentes variétés de propriété : les propriétés dites *incorporelles*; la *petite propriété foncière*; les *biens domaniaux*; enfin la *propriété apparente*.

§ II. — LES PROPRIÉTÉS INCORPORELLES

1518. Plan. — L'affirmation et le développement des propriétés incorporelles constituent un des phénomènes les plus importants du droit contemporain : avec elles, nous

voyons s'élargir le cadre traditionnel dans lequel se trouvait confiné le *dominium* des Romains, en même temps que nous assistons à la libération du concept juridique par rapport à son objet avec lequel il cesse d'être confondu : il y a *appropriation indépendamment de l'intégration du droit dans une chose.*

Nous citerons dans cet ordre d'idées :

1° Le *fonds de commerce*;
2° Les *offices*;
3° La *propriété littéraire et artistique*;
4° Les *brevets*;
5° Les *marques de fabrique, dessins et modèles*;
6° Les *lettres missives*;
7° Les *titres de noblesse*;
8° D'après notre jurisprudence, le *nom*.

Cette liste n'est point limitative; bien d'autres droits existent qui sont opposables à tous encore qu'incorporels et qui, par leur absolutisme, ressortissent à la propriété, par exemple le *droit qui appartient à l'artiste sur son interprétation*, sur la nature duquel les auteurs ne sont d'ailleurs pas fixés, mais dont l'existence est certaine (v. la thèse de M^lle^ Liane LEHMAN, *Le droit de l'artiste sur son interprétation*, Paris, 1935).

1519. I. **Le fonds de commerce.** — On s'accorde à reconnaître au fonds de commerce le caractère d'une *universalité* à laquelle ressortissent des éléments nombreux et complexes :

1° Les *marchandises*;
2° La *clientèle*, l'*achalandage*;
3° Le *droit au bail* des locaux affectés à l'exploitation, droit renforcé, depuis quelques années, par une prérogative, improprement dénommée *propriété commerciale* et qui s'analyse, en définitive, dans le droit conféré au commerçant, dont le bail vient à expiration, d'exiger du bailleur le renouvellement auquel celui-ci peut cependant s'opposer, mais à charge de servir au locataire sortant une *indemnité d'éviction* (L. 30 juin 1926, mod. par L. 22 avril 1927, 27 mars 1928, 13 juill. 1933).
4° L'*outillage*;
5° L'*enseigne* et le *nom*;
6° Les *brevets* ou *licences*;
7° Les *marques de fabrique*;
8° Les *livres* et la *correspondance*;
9° Les *marchés conclus* (ventes ou achats).

Ces différents éléments, corporels ou incorporels, viennent se fondre dans cette entité juridique qui en constitue

la synthèse, sans d'ailleurs avoir la personnalité morale : le fonds de commerce, véritable propriété, gouvernée par des règles particulières (Civ. 26 janv. 1914, *S.* 1920, 1, 27).

Les droits que cette propriété confère à son titulaire sont des plus énergiques : elle a pour caractéristiques d'être *transmissible* et d'être *perpétuelle*; elle est susceptible d'entrer dans la *communauté conjugale* (*inf.* t. III, n^os^ 27 et 475), de même qu'elle constitue, au décès du commerçant, un élément de l'*actif successoral* (*inf.* t. III, n° 960); enfin, sous le nom impropre de nantissement,elle comporte l'*hypothèque* (L. 17 mars 1909 modif. par l. 31 juill. 1913; *inf.* t. II, n° 1665).

On se demande si cette universalité que constitue tout fonds de commerce, est à considérer comme universalité *de droit* ou bien comme simple universalité *de fait*; en France, la tendance dominante est favorable à cette dernière conception et refuse au fonds l'autonomie juridique (*Sic*, Jean Escarra, Edouard Escarra et Jean Rault, *Principes de droit commercial*, t. I, n^os^ 464 et s.).

1520. II. **Les offices.** — Il existe des fonctions qui sont conférées par l'Etat à titre permanent à certaines personnes et qui représentent pour leurs titulaires une *valeur patrimoniale*, un bien, une sorte de *propriété incorporelle* : ce sont des *offices*, dont la situation juridique est régie par la loi du 28 avril 1816 : offices de *notaires*, d'*avoués*, d'*avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, d'*huissiers*, de *commissaires-priseurs*, de *greffiers*, d'*agents de change*, de *courtiers;* toutes charges qui se *vendent* et qui s'*achètent* sous la réserve de l'agrément du gouvernement et qui ont donc une *valeur marchande*.

Cependant, de telles fonctions ne sauraient comporter un droit de propriété identique à celui dont sont l'objet des fonds de terre, des maisons ou des meubles meublants, ni même un fonds de commerce; ce sont, en effet, des *fonctions publiques* et l'intérêt général les prédestine à une réglementation particulièrement étroite.

1° Le titulaire d'un office peut être *destitué* par décision du tribunal civil (L. 10 mars 1898; l. 28 avril 1816, art. 91); et, comme le décide ce dernier texte, la destitution fait perdre à celui qui l'encourt son droit de présentation; elle se ramène ainsi à une expropriation pure et simple, sans indemnité et sans compensation;

2° L'office n'est pas héréditaire, en ce sens du moins qu'il n'est pas transmissible de plein droit aux héritiers du titulaire, lesquels n'héritent pas à ce titre de la fonction même du défunt;

3° L'office ne se prête pas à toutes les transactions possibles; s'il peut être cédé, il ne saurait être l'objet d'un contrat de société : on ne s'associe pas pour exercer une fonction publique. Il n'est fait d'exception que pour les *agents de change* près des bourses pourvues d'un parquet, qui sont autorisés à avoir des bailleurs de fonds intéressés, à la condition de demeurer propriétaires d'un quart au moins de la charge (C. com. art. 75; l. 2 juill. 1862);

4° L'office ne peut pas être saisi par les créanciers de son titulaire; la saisie en eût abouti à la vente aux enchères, donc à un procédé de transmission incompatible avec l'idée même de fonction publique comme avec les droits de contrôle qui sont réservés au gouvernement.

1521. Droit de présentation. — On explique juridiquement ces importantes restrictions apportées aux droits du titulaire en spécifiant que ce n'est pas l'office lui-même qui figure dans son patrimoine, mais seulement le *droit de présentation* : l'officier ministériel, lorsqu'il veut se démettre de sa charge, et, après lui, ses héritiers, ont le droit de présenter un successeur à l'agrément du gouvernement; et c'est avec ce droit qu'ils battent monnaie; ce qu'on appelle, dans le langage courant, le prix de vente d'un office, n'est en définitive, que la somme exigée du concessionnaire par le cédant pour exercer en sa faveur le droit de présentation que lui accordent les textes (L. 28 avril 1816, art. 91, § 1); quant à l'office lui-même, il est en dehors du commerce, ainsi qu'il convient à une fonction publique.

Vérité pratique. — Si telle est la vérité juridique, la réalité est différente; en fait, le titulaire d'un office a sur lui des droits fort étendus qui ressemblent assez bien à ceux d'un propriétaire, et l'on comprend qu'ils soient considérés comme constituant dans leur ensemble une *propriété incorporelle, mobilière*, à attributs limités dans l'intérêt de la collectivité.

1522. Critiques et projets de réforme. — Ce genre de propriété est l'objet de vives critiques, et l'on parle, depuis bien longtemps, de supprimer des offices dans lesquels certains voient des monopoles injustifiés et comme un vestige de l'ancien régime : de même que les charges ont perdu leur *caractère vénal*, l'Etat ayant cessé de faire argent avec elles, d'en tirer des ressources budgétaires, de même, espère-t-on, elles se dépouilleront de leur *caractère patrimonial*, certains officiers ministériels étant mués en fonctionnaires, ceux-là du moins qui sont des *auxiliaires de la justice*; mais pour réaliser une telle réforme, il faudrait bien, en toute

équité, indemniser les expropriés à qui on ne saurait songer à imposer une éviction pure et simple; il faudrait effectuer le *rachat* de leurs charges, et cette perspective, dont la réalisation grèverait lourdement le budget de notre pays, constitue, pour les officiers ministériels, une très forte garantie de sécurité.

1523. III. La propriété littéraire et artistique. Les droits d'auteur[1]. — C'est une conception relativement moderne que celle qui attribue à un auteur des droits privatifs sur son œuvre littéraire ou artistique : manuscrit, tableau, statue, production musicale, etc. Comme d'ordinaire, le droit a suivi la science : c'est la découverte de l'imprimerie qui, en donnant aux œuvres de l'esprit un rayonnement infini, a fait se poser, dans les dernières années du XV^e^ siècle, le problème des droits d'auteur.

1524. Historique. — Depuis cette époque lointaine, le législateur a eu fréquemment à s'occuper de ce problème; une évolution harmonieuse s'est produite dans une direction constante, dans le sens du développement, du renforcement des droits de l'auteur.

Sous l'*ancien régime*, l'auteur était obligé, s'il voulait avoir le monopole de la publication de son œuvre, de solliciter du Roi une *concession* qui lui était accordée, lorsqu'elle l'était, par des *lettres de chancellerie*, et qui constituait donc, non pas un droit, mais un véritable *privilège*.

Ce fut seulement pendant la période révolutionnaire que la loi du 19 juillet 1793, qui n'a point cessé d'être en vigueur, vint attribuer aux auteurs un *droit* à l'exploitation exclusive de leurs œuvres artistiques ou littéraires, droit qui passait ensuite aux héritiers pendant une période de *dix années*.

Ce délai fut porté à *vingt ans* par un décret du 5 février 1810; à *trente ans*, par la loi du 8 avril 1854; enfin à *cinquante ans* par la loi du 14 juillet 1866, actuellement encore en vigueur.

L'histoire du droit d'auteur est donc une progression constante; mais cette courbe ascendante menace d'être rompue par le projet gouvernemental de 1936 qui limite à dix

[1] *Sources* : L. 19-24 juillet 1793, modif. par les lois du 11 mars 1902 et du 9 avril 1910; L. 14 juillet 1806; 20 mai 1920; 31 déc. 1924. Un projet réglementant, en 63 articles, toutes les variétés de l'édition, a été élaboré, en 1936, par la *Société d'études législatives*; c'est une œuvre d'ordre privé; le Gouvernement a déposé, le 13 août 1936, un projet de loi en 56 articles, sur le droit d'auteur et le contrat d'édition. V. J. Escarra, J. Rault et F. Hepp, *La Doctrine française du droit d'auteur*, 1937.

années, après la mort de l'auteur, la jouissance et l'exercice du droit pécuniaire auxquels viendrait se substituer alors une simple « redevance équitable » servie par l'exploitant jusqu'à l'expiration d'une période de cinquante années calculées à dater de la mort de l'auteur.

1525. Législation actuelle. — La situation est donc la suivante : l'auteur d'une œuvre artistique ou littéraire est investi du monopole d'exploitation, sa vie durant; à son décès, ce droit passe à ses *héritiers* qui l'exercent pendant cinquante années, après quoi l'œuvre tombe dans le *domaine public*; elle devient un bien commun à tous, une sorte de *res communis*.

Mais il est à noter que les héritiers de l'auteur peuvent avoir à compter avec le *conjoint survivant* à qui la loi de 1866 accorde la *jouissance viagère* du monopole d'exploitation, à supposer du moins qu'un jugement de séparation de corps ne soit pas intervenu contre lui et qu'il ne se soit pas remarié, et compte tenu des droits des héritiers à réserve (L. 14 juill. 1866, art. 1er, § 3). C'est donc seulement après le décès du conjoint survivant que les héritiers de l'auteur bénéficieront alors effectivement du droit d'exploitation jusqu'à l'expiration d'un délai de cinquante années qui court à compter du décès de l'auteur.

Les prérogatives ainsi conférées à l'auteur, au conjoint survivant ou aux héritiers, sont fort étendues; elles comprennent les droits de *publication*, de *traduction*, de *représentation*, d'*audition*, de *reproduction phonographique* (Civ. 21 juill. 1908, *S.* 1909, 1, 121, note Lyon-Caen; 10 nov. 1930, *S.* 1931, 1, 161, note Lagarde), de *réédition*, d'*exposition*, de *radiodiffusion*, voire même un *droit de suite* qui leur permet, chaque fois que l'œuvre passe en *vente publique*, de prétendre à un pourcentage de 1 à 3 % sur le produit de la vente (L. 20 mai 1920; l. 31 déc. 1924, art. 36 et 37) et qui s'exerce nonobstant toute cession de propriété artistique antérieurement consentie par l'artiste ou par ses héritiers (L. 20 mai 1920, art. 1er, § 3).

Dans le même ordre d'idées, la loi du 9 avril 1910 décide que l'aliénation d'une œuvre d'art — tableau, statue — n'implique point, sauf convention contraire, la cession du droit de reproduction — gravure, photographie, etc.; autre chose est la propriété de l'objet même, autre chose les droits d'auteur; la propriété corporelle n'entraîne point avec elle la propriété incorporelle; l'esprit domine la matière qu'il a créée; et si l'on suppose qu'un peintre, ayant brisé, déchiré sa toile, en a jeté les morceaux à la rue, celui

qui s'en empare en devient bien propriétaire par droit d'occupation, comme de toute autre *res nullius* (*inf.* n° 1678), mais il n'est point investi du même coup des droits d'auteur; il ne lui appartient donc pas, ayant recueilli les morceaux, de reconstituer l'œuvre pour la vendre ou pour l'exposer (Trib. civ. Seine, 15 nov. 1927, *D. P.* 1928, 2, 89, note Nast, *S.*, 1927, 2, 137, note Chavegrin; et, sur appel, Paris, 6 mars 1931, *D. P.* 1931, 1, 88, note Nast, *S.* 1932, 2, 145, note F. Gény).

Mais il va sans dire que l'auteur a la faculté de céder sa propriété incorporelle, ses droits d'exploitation, sauf à interpréter la portée d'une telle cession : s'il s'agit d'une œuvre musicale, le cessionnaire, qui est en fait un éditeur, est bien investi du droit de reproduction par disques phonographiques (Civ., 10 nov. 1930, *D. P.*, 1932, 1, 29 note Nast), mais non pas du droit de représentation.

1526. — Telle est l'intensité et tels sont les attributs d'un monopole d'exploitation qui a été établi pour tous les ouvrages de la pensée : dans les différents domaines de la *littérature*, de la *peinture*, de la *sculpture*, de la *musique*, de l'*architecture*, du *dessin* (L. 11 mars 1902, ajoutant certaines dispositions à l'art. 1er de la loi du 19 juill. 1793, pour étendre le bénéfice de cette législation aux architectes, statuaires, sculpteurs, dessinateurs d'ornement), de la *photographie* (Trib. civ. Seine, 20 janv. 1899, *D. P.*, 1902, 2, 73, note Jean Appleton), de la *cinématographie*, de la *radiodiffusion*, etc.

1527. Nature du droit de l'auteur. — Malgré le nombre et l'étendue des prérogatives qu'il contient en lui, le droit d'auteur n'est pas considéré par notre jurisprudence comme un véritable droit de propriété, mais comme investissant son titulaire du simple *privilège exclusif d'une exploitation temporaire* (Req. 25 juill. 1887, *S.*, 1888, 1, 17; Comp. civ. 25 juin 1902, *D. P.*, 1903, 1, 5, note A. Colin, *S.*, 1902, 1, 305, note Ch. Lyon-Caen) et cette position est affirmée par divers auteurs, notamment par M. Roubier, pour qui les droits dits « intellectuels » ne seraient ni des droits réels ni des droits de créance, mais constitueraient, sous la rubrique de « droits de clientèle », une troisième catégorie distincte des deux précédentes (P. Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, 1935; J. Escarra, J. Rault et F. Hepp, *op. cit.*).

On peut s'étonner que cette conception soit reprise et défendue avec une vigueur nouvelle, précisément au moment où les droits de l'auteur se développent et s'intensifient de

plus en plus; ce regain imprévu de vitalité ne va pas, semble-t-il, sans quelque anachronisme; sans doute, le monopole d'exploitation ne constitue pas une propriété identique à celle que le Code civil a organisée pour les biens corporels, et nous sommes, sur ce point, en plein accord avec la jurisprudence et avec les auteurs qui la défendent; mais la notion moderne du droit de propriété est suffisamment compréhensive et nuancée pour abriter des formes de tenure très différentes les unes des autres; en dépit de tous les préjugés historiques et des souvenirs du *dominium ex jure quiritium* qui n'a rien à voir en cette affaire, les œuvres de l'esprit comportent une *appropriation*, exclusive et opposable à tous, donc une sorte de propriété. Il ne serait pas relevant de faire état, en sens contraire, du caractère temporaire des droits d'auteur : le concept moderne de la propriété, et même de la propriété foncière, n'est plus inséparable de l'idée de perpétuité, et il y a des formes d'appropriation qui n'existent qu'un temps (*sup.*, n° 1512); vainement objecte-t-on encore que l'auteur, qui a, sur son œuvre, le *fructus* et l'*abusus*, le droit de jouissance et le droit de disposition, serait dépourvu du droit d'usage : l'*usus* lui ferait défaut (Roubier, *op. cit.*, p. 30); l'exploitation même de l'œuvre impliquerait que l'usage en devient public; mais, outre que l'auteur a, seul, le droit de reproduire son œuvre — et c'est bien là faire usage de son droit — on n'arrive pas à concevoir le *fructus* sans l'*usus*; celui-ci est virtuellement contenu dans celui-là; l'*usus* peut bien exister sans être assorti du *fructus*, mais non pas ce dernier sans le premier qu'il postule nécessairement; qui a le plus, a le moins. Enfin, on fait valoir, dans l'opinion que nous combattons, que l'auteur, grâce à son monopole, échappe aux lois de la concurrence économique, ce qui serait, paraît-il, inconciliable avec la notion de propriété, voire de droit réel; mais l'argument prouve trop, car il conduirait à dénier à l'officier ministériel, investi, lui aussi, d'un monopole, un droit de propriété, *lato sensu*. En réalité, le monopole d'exploitation de l'auteur offre une analogie frappante avec le droit du propriétaire d'une chose; il représente la maîtrise la plus complète que comportent les œuvres de l'esprit et il constitue une forme moderne de l'appropriation des biens; la thèse qui lui dénie ce caractère procède d'une conception quiritaire du droit de propriété; elle est d'ailleurs inconciliable avec cette circonstance que le droit d'auteur comporte fréquemment un usufruit; s'il s'accommode d'un démembrement de la propriété, on ne comprend plus pour quelle raison il répugnerait à la propriété elle-même, souche et origine de cet usufruit (Maurice

PICARD, n° 574; du même auteur, dans le *Livre-Souvenir des Journées du droit civil français*, p. 59, une étude sur l'*Evolution du régime des biens depuis le Code civil*; BRY, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, n^os^ 226 et 740).

1528. Le droit moral de l'auteur. — Le monopole d'exploitation ne résume pas tous les droits de l'auteur, mais seulement ses droits *patrimoniaux*. Jurisprudence et doctrine s'accordent à lui reconnaître, à côté et en marge de la propriété incorporelle, un droit *moral*, donc *extra-patrimonial*, celui de conserver la maîtrise de sa pensée et de son œuvre, droit inhérent à la personnalité même de celui qui en est investi; comme on l'a écrit très justement, c'est le droit « qui appartient à l'écrivain ou à l'artiste, à raison de ce fait que l'œuvre est une émanation de sa personnalité, et qui résulte de sa qualité même de créateur : c'est le droit pour l'auteur de faire respecter sa pensée et ses conceptions et aussi son honneur et sa personnalité » (ROUBIER, *op. cit.*, p. 19); ou encore, d'après l'article 1^er^ du projet gouvernemental de 1936, c'est « *le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre, ainsi que le droit de faire cesser, d'une manière appropriée, toute atteinte à l'œuvre par destruction, déformation, mutilation ou autre modification, ou par toute utilisation de ladite œuvre de nature à préjudicier aux intérêts moraux de l'auteur* ».

Bien que ce droit moral de l'auteur — auquel le projet gouvernemental de 1936 confère une place d'honneur et qui est consacré, sur le plan international, par la Convention de Rome du 2 juin 1928, art. 6*bis* et art. 11*bis* — soit d'origine et de réglementation purement *coutumières*, sa configuration juridique est suffisamment précise pour qu'il soit possible d'en fixer les grandes lignes.

1° C'est un droit qui comporte une série d'attributs et de prérogatives qui en représentent le *contenu* : droit de décider si l'œuvre sera ou non livrée au public; en cas d'affirmative, droit de déterminer les modalités de la publication, l'époque où elle aura lieu, la forme qu'elle revêtira; droit de signer ou de ne pas signer l'œuvre; droit de la retoucher ou, à l'inverse, de s'opposer à des retouches, d'exiger le respect de son intégrité (Paris, 20 nov. 1935, *D. H.*, 1936, 26; *S.*, 1936, 2, 169, note F. GÉNY), en un mot, droit à la *paternité de l'œuvre*, avec toutes les conséquences qui y sont attachées, y compris le droit de s'opposer ou de mettre fin à la publication (Civ. 14 mai 1900, *D. P.*, 1900, 1, 497).

2° Ce droit moral de l'auteur, émanation directe de la personnalité dont il demeure inséparable, est situé en dehors du

patrimoine de son titulaire : il représente bien, en même temps qu'une valeur morale, une valeur juridique, mais non pas une valeur pécuniaire (Paris, 12 mars 1936, *D. H.*, 1936, 256) ; c'est pourquoi :

a) Il est *incessible entre vifs* : l'auteur, bien qu'ayant cédé son monopole d'exploitation, conserve toujours par devers lui les prérogatives attachées à son droit moral (Civ. 25 juin 1902, précité; Trib. civ. Seine, 15 nov. 1927, *D. P.*, 1928, 2, 89, note Nast, *S.*, 1927, 2, 137, note Chavegrin,et, sur appel, Paris, 6 mars 1931, *D. P.*, 1931, 1, 2, note Nast, *S.*, 1932, 2, 145, note Gény; Paris, 12 mars 1936, précité; Trib. civ. Seine, 1er avril 1936, *D. H.*, 1936, 262).

b) Il est *imprescriptible*; il survit toujours, bien que l'œuvre soit tombée dans le domaine public; mais on admet généralement qu'il s'affaiblit et qu'il s'estompe entre les mains des héritiers.

c) Il est *insaisissable* : ce sont seulement les valeurs patrimoniales qui comportent les saisies.

L'auteur peut renoncer à son droit moral, mais encore faut-il que cette renonciation ressorte clairement des circonstances (Paris, 12 mars 1936, précité).

3° Du moins le droit moral de l'auteur est-il un véritable droit, reconnu par le Droit positif et sanctionné par lui. Les sanctions qu'il comporte à l'occasion sont civiles ou pénales.

a) Les sanctions *civiles* sont elles-mêmes multiples et varient selon les éventualités : contre l'éditeur ou toute autre personne ayant traité avec lui, l'auteur peut exercer les actions nées du *contrat*, mettant ainsi en œuvre la *responsabilité contractuelle* de celui qui a lésé son droit moral; contre les tiers, c'est-à-dire contre les personnes avec qui il n'avait pas traité à l'occasion de son œuvre, l'auteur peut faire jouer les dispositions des articles 1382 et 1383, mettant ainsi en œuvre la *responsabilité délictuelle* de son adversaire à qui il réclame des dommages-intérêts. Dans tous les cas, qu'il ait en face de lui un contractant ou un tiers, il lui est loisible de poursuivre, autant que possible, l'*exécution en nature*, par exemple en exigeant le rétablissement de la signature ou la reproduction du texte intégral qui avait été indûment tronqué, ou le retirement du commerce des exemplaires défectueux : la théorie jurisprudentielle des *astreintes* (*inf.*, t. II, n° 594) lui permettra de vaincre la résistance de son adversaire et d'obtenir promptement toute satisfaction en nature; le délinquant sera condamné à payer tant par jour ou par semaine ou par mois de retard qu'il mettra à s'exécuter;

b) Les sanctions *pénales* sont aussi multiformes; elles

varient suivant les cas; le coupable encourra à l'occasion, les peines qui frappent l'*injure*, la *diffamation*, les *fraudes en matière artistique* (L. 9 février 1895) ou le délit de *contrefaçon*.

(V. sur *le droit moral de l'auteur* : Pierre Masse, thèse, Paris, 1906; Michaélidès-Nouaros, thèse, Paris, 1935, avec préface de M. Jean Escarra; Edouard Silz, *La notion juridique du droit moral de l'auteur*, *Rev. trim.*, 1933, p. 331; P. Roubier, *Droits intellectuels et droits de clientèle*, 1935, pp. 18 et s.; J. Escarra, J. Rault et F. Hepp, *op. cit.*; v. aussi les conclusions de M. Josse, commissaire du Gouvernement, et la note de M. Waline, sous Cons. d'Etat, 3 avril 1936, *D. P.*, 1936, 3, 57).

1529. IV. **Les brevets. Droits de l'inventeur**[1]. — L'*inventeur* est moins bien traité que l'auteur à un double égard :

1° Ce n'est pas de plein droit qu'il est investi du monopole d'exploitation; encore faut-il qu'il sollicite de l'Etat un *brevet* par lequel il lui est donné acte de ses déclarations relatives à une prétendue invention. Sans doute, il s'agit là d'une simple formalité, mais qui sert de point de départ à une *redevance* annuelle de *cent francs* qui est mise à la charge du breveté et qui est payable d'avance, au début de chaque année (L. 5 juill. 1844, art. 4);

2° Le monopole d'exploitation est de faible durée; il est concédé au breveté, à son choix, pour cinq, dix ou *quinze ans au maximum*.

1530. — Encore que temporaire et subordonné à l'octroi d'un brevet, le monopole d'exploitation de l'inventeur présente une étroite analogie avec la propriété du Code civil; comme elle, il est *exclusif* et comme elle il est *opposable à tous;* bien que la loi du 5 juillet 1844 évite d'appliquer au droit de l'inventeur la qualification de droit de propriété, on évoque la « *propriété des brevets* », non seulement dans le langage courant, mais aussi dans la langue juridique; lorsque le même brevet est délivré à plusieurs personnes, celles-ci ont la situation de *copropriétaires* (G. Bry, *La propriété industrielle*, n^{os} 292 et suiv.). Le droit de l'inventeur comporte d'ailleurs des sanctions énergiques, notamment *l'action en contrefaçon* qui s'apparente, par certains côtés, à la *revendication*.

[1] L. 5 juill. 1844, modif. par L. 31 mai 1856, du 7 avril 1902, du 28 déc. 1908, arrêté du 11 août 1903, mod. par arrêté du 3 oct. 1935; *D. L.* du 30 oct. 1935, *relatif aux brevets d'invention intéressant la Défense nationale*.

Cependant, la même controverse s'est instituée ici que pour les droits des auteurs : on soutient que les droits de l'inventeur sont à différencier de la propriété pour constituer, sous le nom de « *droits de clientèle* », une catégorie spéciale, distincte de la famille des droits réels et de celle des droits de créance (Roubier, *op. cit.*).

En revanche, on s'accorde du moins à reconnaître à l'inventeur un *droit moral*, calqué sur celui qui appartient à l'auteur (Roubier, *op. cit.*, p. 19).

1531. V. **Les marques de fabrique, dessins et modèles** [1]. — L'industriel possède sur les *marques de fabrique*, les *dessins* et les *modèles* un droit très énergique, qui existe antérieurement à tout dépôt, et qui constitue bien une propriété véritable, exclusive, opposable à tous et *sans limitation de durée*, sanctionnée par la *revendication* (Req. 24 janv. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 65; G. Bry, *op. cit.*, nos 73 et suiv.).

1532. IV. **Les lettres missives** [2]. — Les *lettres missives*, c'est-à-dire la correspondance échangée entre deux ou plusieurs personnes déterminées, sont le centre de droits nombreux et complexes qui s'appellent notamment la *propriété de la lettre* elle-même, le *droit de propriété littéraire* sur son contenu et le *droit au secret*, tous droits incorporels et qui évoquent irrésistiblement le concept de la propriété incorporelle.

1° La *propriété de la lettre* échoit au destinataire dès l'instant de la *réception* (Req. 9 fév. 1881, *S.* 1881, 1, 193, note Labbé, *D. P.*, 1882, 1, 73; Toulouse, sous Cass. 24 oct. 1910, *S.*, 1913, 1, 437; Montpellier, 21 juin 1928, *D. H.*, 1928, 552; Trib. civ. Seine, 27 nov. 1928, *D. H.*, 1928, 616); elle porte non pas seulement sur l'écrit, objet matériel, mais sur l'utilisation dont il est susceptible; elle implique pour le destinataire le droit d'utiliser la lettre, en principe, à son gré, soit qu'il la conserve par devers lui et qu'il se refuse à la restituer à l'expéditeur, soit qu'il la produise en justice ou qu'il en réclame la restitution au cas où elle serait détenue indûment par un tiers, soit enfin qu'il en divulgue le contenu.

[1] L. 28 juillet 1824; 23 juin 1857; 14 juillet 1909.

[2] Gény, *Des droits sur les lettres missives*, 2 vol.; Valéry, *Des lettres missives*; Tissier, *La propriété et l'inviolabilité des lettres missives*; Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*.

Toutefois, ces prérogatives sont limitées, à l'occasion, par les droits rivaux et antagonistes qui appartiennent à l'auteur;

2° Il est admis que les lettres missives peuvent être l'objet d'une *propriété littéraire*, laquelle appartient normalement à l'auteur, à moins qu'il ne s'en soit dessaisi, expressément ou implicitement, au profit du destinataire, et comporte pour lui tous les attributs inhérents à ce monopole d'exploitation (*sup.*, n^os^ 1525 et suiv.; Trib. civ. Seine, 27 nov. 1928, précité).

1533. — 3° Le *droit au secret* vient limiter les droits de l'auteur de la lettre comme ceux du destinataire; pour l'un comme pour l'autre, le secret inclus dans la missive est *inviolable*. Mais ce principe de l'inviolabilité ne vaut pas pour toutes les lettres; il n'intervient que pour celles qui ont un caractère *confidentiel*, et c'est au juge du fait qu'il appartient d'établir le départ entre les missives destinées à demeurer secrètes et celles qui peuvent être divulguées sans danger, impunément.

Le droit au secret, dans les cas où il existe, constitue une limitation importante tant à la propriété du destinataire qu'au droit de propriété littéraire de l'auteur. On a voulu expliquer juridiquement cette limitation par une convention tacite que serait intervenue entre l'expéditeur et le destinataire; ce dernier, notamment, se serait engagé, contractuellement et tacitement, à garder le secret; mais cette explication est purement divinatoire et elle va à l'encontre des faits, car elle prête au destinataire une intention qui n'a peut-être jamais été la sienne. Aussi vaut-il mieux rattacher l'obligation au secret à l'*esprit même*, à la *destination* de la propriété des lettres missives; par définition même, une lettre confidentielle n'est point destinée à être divulguée; en en faisant connaître le contenu au public, le destinataire détourne de sa destination le droit qui lui appartient; il en fait un mauvais usage; il en mésuse, il en *abuse*, à moins qu'il ne puisse se réclamer d'un *intérêt sérieux et légitime*, par exemple de la nécessité, pour lui, d'étayer une demande en divorce ou en séparation de corps (*sup.*, n° 939) ou d'établir la *simulation* d'un acte (Req. 5 mai 1897, *S.*, 1901, 1, 454). La responsabilité de celui qui viole le secret d'une lettre missive se rattache ainsi à la vaste théorie de l'*abus des droits*, et, plus spécialement, de l'abus du droit de propriété; le destinataire, propriétaire de la lettre, ne peut l'utiliser impunément que pour cause et dans la mesure d'un *intérêt légitime* dont les limites sont fixées par la *nature* et par la *destination* de la correspondance en cause (L. Josserand, *De l'esprit des droits*, n° 30).

1534. VII. **Les titres de noblesse.** — Ces titres, qui ne sont pas partie intégrante du nom (*sup.*, n° 208), constituent, dans l'opinion commune, une manière de propriété incorporelle à la fois familiale et individuelle, soumise sans doute à des règles particulières — elle est hors du commerce —, mais qui est héréditaire et qui trouve sa sanction dans des actions rentrant dans la compétence d'un *Conseil d'Administration* qui siège au Ministère de la Justice. (Voy. SAVATIER, *Les personnes*, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de MM. PLANIOL et RIPERT, t. I, n^{os} 132 et suiv.).

1535. Fausses propriétés incorporelles. — On fait volontiers de ce concept des propriétés incorporelles un usage injustifié, par exemple lorsqu'on l'applique au *nom* des personnes où notre jurisprudence veut voir, à tort selon nous, une propriété véritable (*sup.*, n° 217) ; ou encore au droit au renouvellement du bail, que la législation récente a conféré aux commerçants et aux industriels et que l'on a baptisé inexactement « *propriété commerciale* », alors qu'il ne dépasse pas les limites du droit des obligations (*sup.*, n° 1519; *inf.*, t. II, n° 1234). Il est vrai qu'on a été jusqu'à parler de la *propriété d'une créance*, portant ainsi à son comble la confusion entre droits relatifs et droits absolus, surtout si, conformément à une doctrine que nous avons critiquée, on veut voir dans ces deux catégories des droits de même nature, les uns à sujets limités et identifiés, les autres à sujets passifs indéterminés (*sup.* n^{os} 1334 et 1335) ; il est facile d'éviter de telles confusions et de semblables erreurs en s'en tenant aux caractères distinctifs de la propriété, tels que nous les avons précédemment dégagés (*sup.*, n° 1515).

1536. Autres propriétés incorporelles. — La liste des propriétés incorporelles s'allonge en même temps que celle des conquêtes de la science et à raison même de l'intensification des relations intellectuelles : il a été jugé que les dépêches transmises par une *agence de renseignements* telle que l'Agence Havas, constituent, non pas une propriété littéraire, mais une propriété incorporelle d'une nature particulière conférant à l'agence et à ses abonnés un droit exclusif à la publication des dépêches aussi longtemps que celles-ci n'ont pas été portées à la connaissance du public (Req. 23 mai 1900, *D. P.*, 1902, 1, 405, rapport LEPELLETIER) ; et l'on peut se demander si le *gaz* et l'*électricité*, dont l'aptitude à l'appropriation est admise en doctrine et en jurisprudence, ne se prêtent pas à une propriété incorporelle bien plutôt qu'à la propriété du Code civil (V. *Rev. trim.* 1904,

p. 5, un article de M. PILON sur *Le problème juridique de l'électricité)*; enfin, les progrès de la *radiodiffusion* soulèvent un problème du même genre et dont la solution est plus délicate encore.

§ III. — LA PETITE PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

1537. — Une série de lois sont intervenues en vue de faciliter l'accession à la *petite propriété foncière* et, une fois constituée, de la protéger. Il faut signaler, dans cet ordre d'idées, comme tendant à réaliser la diffusion et la démocratisation de la propriété immobilière, les statuts institués : 1° pour les *habitations à bon marché*; 2° pour la constitution d'un *bien de famille insaisissable*; 3° pour *faciliter l'accession à la petite propriété.*

1538. I. **Les habitations à bon marché.** — Le statut de ces habitations a été fixé par une série de lois dont la première en date est celle du 12 avril 1894, complétée et modifiée par une série de dispositions ultérieures. La dispersion des sources était telle que le législateur a voulu procéder à leur codification par une loi du 5 décembre 1922, elle-même modifiée bientôt par les lois du 6 décembre 1923, du 10 avril 1925, du 19 août 1926 et du 13 février 1937 (*inf.* n° 1793). Voyez aussi les lois du 30 janvier 1926 et du 27 décembre 1927, article 105, celle du 13 juillet 1928, elle-même modifiée par celle du 28 juin 1930, et établissant un programme de construction d'habitations à bon marché et de logements en vue de remédier à la crise de l'habitation.

En élaborant ce statut complexe, le législateur s'est proposé « *d'encourager la construction de maisons salubres et à bon marché en faveur des personnes peu fortunées et notamment des travailleurs vivant principalement de leur salaire* » (L. 5 déc. 1922, art. 1er). A un autre point de vue, il est certain que la question sociale serait bien près d'être résolue si l'on parvenait à faire de chacun un possédant, puisque nul n'aurait désormais intérêt à ébranler une institution à laquelle chacun participerait pour son propre compte : plus il y aura de propriétaires, et moins la propriété foncière sera discutée et menacée.

Le régime auquel sont soumises les habitations à bon marché est un régime de faveur : la loi de 1925 prévoit la constitution de *sociétés d'habitations à bon marché*, d'*offices publics* auxquels des prêts peuvent être consentis par l'Etat à des conditions fort avantageuses; elle prévoit les concours apportés par les départements, les communes, les bureaux

de bienfaisance et d'assistance, les hospices, les hôpitaux, les caisses d'épargne, les sociétés de crédit immobilier; elle établit des *exemptions fiscales*; elle institue dans chaque département, un *comité de patronage* (art. 75) et, auprès du Ministère de l'Hygiène, un *conseil supérieur* (art. 80); elle prend des dispositions spéciales concernant le logement des *familles nombreuses* (art. 54 et suiv.); enfin, elle édicte, en matière d'*indivision*, des règles exorbitantes du droit commun (art. 81; *inf.*, n° 1793).

1539. II. Le bien de famille (HOMESTEAD). — Le bien de famille, qui est d'origine américaine (Loi de l'Etat du Texas, du 26 janvier 1839), a été institué en France par la loi du 12 juillet 1909, modifiée par celles du 14 mars 1928, du 22 février 1931 et du 13 février 1937. On s'est proposé de déterminer la création, dans chaque famille et par la volonté de l'homme, d'un bien *insaisissable* consistant essentiellement en une maison ou une portion de maison, et de réaliser par ce moyen l'*intangibilité* du foyer, en même temps qu'on favorisait le développement de la petite propriété et qu'on pensait arrêter l'exode des campagnes vers les villes (sur les origines de cette institution et sur le droit comparé, V. Antonio AZARA, *Homestead*, dans l'*Encyclopedia giuridica italiana*, t. VII, 2e partie), mais les résultats obtenus ont été plutôt minces : une enquête, effectuée par le Ministère de la Justice, a établi l'existence, en 1921, dans toute la France, de 246 immeubles érigés en biens de famille.

1540. Conditions requises. — 1° *Dans le bien lui-même.* — Il faut que le bien soit une maison non indivise ou une partie divise de maison; toutefois, la constitution peut englober en même temps des terres, soit attenantes à ladite maison, soit simplement voisines; de plus, et depuis la loi du 22 février 1931, se rattachant au mouvement favorable à la protection de l'*artisanat*, elle peut porter sur « *une maison avec boutique ou atelier et le matériel et outillage le garnissant, occupés et exploités par une famille d'artisans* »; le tout à la condition que le bien n'excède pas *lors de sa fondation*, y compris le cheptel, le matériel, l'outillage et les immeubles par destination, une *valeur* qui avait été fixée primitivement à *huit mille* francs, qui a été portée ensuite et à raison de la dévalorisation du franc, à *quarante mille* francs (art. 2 de la loi de 1919, modif. par l'art. 1er de la loi du 14 mars 1928); seule, la *petite propriété* peut être érigée à l'état de bien de famille.

Il faut, de plus, que ce bien soit *occupé* et *exploité* par la famille (art. 2);

2° Chez *le constituant :* il doit être *propriétaire* et *plein propriétaire* du bien constitué; cependant, le mari *commun en biens* peut procéder à la constitution sur un bien de la *communauté*, de même que la femme, si elle exerce une profession distincte, peut y procéder sur un *bien réservé* (L. 12 juill. 1909, art. 3).

De plus, la loi exige que le constituant ait, sur le bien constitué, des pouvoirs d'administration suffisamment larges (art. 3), et surtout, qu'il ait une *famille*, sans quoi le but poursuivi par l'institution ne saurait être atteint; elle se montre d'ailleurs assez peu exigeante sur ce point, puisqu'elle admet que la constitution émane d'une personne non mariée pourvu qu'il existe un enfant, légitime, légitimé, adoptif ou naturel (reconnu); de plus, il est précisé que la constitution peut être faite *au profit d'autrui*, pourvu que le bénéficiaire réunisse lui-même les conditions exigées par la loi, c'est-à-dire qu'il soit marié ou qu'il ait un enfant (art. 3);

3° Dans la *forme*. — La constitution d'un bien de famille est un acte solennel dont la forme varie selon qu'elle intervient au profit du constituant lui-même ou au profit d'un tiers : dans le premier cas, elle résulte d'une déclaration reçue par *notaire*; dans le deuxième, elle rentre dans le cadre d'une donation par acte notarié ou d'un testament qui peut être olographe.

La loi prescrit des mesures de *publicité* consistant dans l'*affichage* de l'acte de constitution et dans une *transcription* au bureau des hypothèques (art. 9).

Cette transcription doit être précédée d'une *homologation* par le *juge de paix* (art. 8).

1541. Régime du bien de famille. — 1° Le bien de famille est *insaisissable*, ainsi que ses revenus, ceux-ci pouvant seulement être saisis tant pour le paiement des dettes résultant de *condamnations pénales*, que pour celui des *impôts* afférents au bien, ainsi que des *primes* contre l'incendie et des *dettes alimentaires* (art. 10);

2° Le bien devient *indisponible* dans une large mesure : *a*) il ne peut être *hypothéqué*; *b*) ni *vendu à réméré*; *c*) si le propriétaire est marié ou s'il a des enfants mineurs, « *l'aliénation... sera subordonnée, dans le premier cas, au consentement de la femme donné devant le juge de paix, et, dans le second cas, à l'autorisation du conseil de famille, qui ne l'accordera que s'il estime l'opération avantageuse aux mineurs. Sa décision sera sans appel* » (art. 11);

3° En cas de décès du propriétaire, les règles ordinaires de

l'*indivision* et du *partage* subissent des dérogations qui seront signalées ultérieurement (*inf.*, n° 1793).

1542. III. **Accession à la petite propriété.** — Indépendamment des dispositions qui viennent d'être énumérées, différentes lois sont intervenues en vue de faciliter l'*accession à la petite propriété*, abstraction faite de la constitution d'un bien de famille et de l'utilisation du statut concernant les habitations à bon marché. Nous citerons, dans cet ordre d'idées, les lois du 10 avril 1908; du 19 mars 1910, remplacée par celle du 5 août 1920; du 31 octobre 1919; du 8 décembre 1922 : toutes dispositions se référant à la *petite propriété agricole*.

§ IV. — LES BIENS DOMANIAUX

1543. Définition. — Les biens domaniaux, dont il est question dans les articles 537 et suivants, sont ceux qui constituent soit le *domaine public*, soit le *domaine privé* de l'*Etat*, des *départements* et des *communes*.

Le *domaine public* comprend les biens qui sont affectés à l'usage public, on doit même dire à l'*usage du public* : c'est ainsi que la *mer territoriale*, les *rivages de la mer*, les *cours d'eau navigables ou flottables*, les *canaux*, les *routes nationales* sont partie intégrante du domaine public de l'Etat, tandis que les *routes départementales* rentrent dans celui des départements, les *chemins vicinaux*, les *cimetières*, dans celui des communes.

Le *domaine privé* se compose de biens qui sont traités ainsi que ceux des particuliers; ils ressortissent à la personne publique sans cependant être affectés à l'usage du public; ils ont un caractère véritablement *patrimonial;* de ce nombre sont les *forêts domaniales* que l'Etat exploite, *privativement*, à son profit, comme le ferait un particulier, les *lais* et *relais* de la *mer*, les *usines, ateliers et manufactures* de l'Etat, les *biens provenant* de *successions en déshérence*.

1544. — Tandis que les biens rentrant dans le domaine privé sont, sans aucun doute, soumis au statut patrimonial du droit civil, des doutes ont surgi pour les biens qui ressortissent au domaine public. Des auteurs qualifiés estiment que l'Etat n'a pas sur eux un véritable droit de propriété, mais seulement une sorte de *surintendance* se résumant dans une fonction de garde, de surveillance (Sic., Aubry et Rau, Berthélemy, Duguit, Colin et Capitant) ; d'autres spécialistes

estiment, au contraire, que les dépendances du domaine public sont l'objet d'un droit de propriété qui, sous le bénéfice de certaines réserves et de particularités incontestables, appartient à l'Etat (*Sic*, HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11e éd., p. 386 et suiv.; M. PICARD, n° 120; Louis BERNARD, *Du droit de propriété de l'Etat sur les biens du domaine public*, thèse, 1910), et il semble bien que ce soit cette théorie civiliste qui gagne du terrain au cours de ces dernières années (*Trib. confl.*, 28 janv. 1899, *S.*, 1901, 3, 82; C. Etat, 16 juill. 1909, *D. P.*, 1911, 3, 73; *S.*, 1909, 3, 97, note HAURIOU).

1545. Biens communaux. — Le *domaine privé communal* comprend des biens d'une nature et d'une origine particulières qu'on appelle *biens communaux*. Ce sont des forêts, des terres incultes, des pâturages, qui couvrent, à l'heure actuelle, quelques millions d'hectares de notre pays (quatre millions et demi environ).

Leur nature juridique a soulevé des difficultés; on s'est demandé notamment s'ils appartiennent à la commune, personne morale, ou bien aux habitants copropriétaires. Cette dernière conception pouvait se réclamer des précédents historiques : les biens communaux ne sont autres que la survivance des anciennes *communautés agraires*; historiquement, les habitants des communes devraient en être considérés comme copropriétaires, et ce point de vue semble bien avoir été celui des rédacteurs du Code civil, puisque aux termes de l'article 542, « *les biens communaux sont ceux à la propriété ou aux produits desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ». Cependant, cette opinion n'a pas prévalu; notre jurisprudence considère que la propriété des *communaux* appartient à la commune, personne morale; elle y voit donc, non, à vrai dire, une propriété collective, mais une propriété unitaire. Et ainsi se trouve écartée une question qui, à certaine période de notre histoire, fut d'une brûlante actualité, celle du *partage des communaux*; du moment qu'il n'y a pas copropriété, mais propriété unitaire au profit d'une personne qui subsiste indéfiniment, le partage ne se conçoit plus; l'opération qui consisterait à répartir les *communaux* entre les habitants de la commune s'analyserait, non en un partage, mais en une *vente* (Limoges, 11 nov. 1904, *D. P.*, 1906, 2, 239; Riom, 27 déc. 1905, *D. P.*, 1907, 2, 81 note PLANIOL), opération d'ailleurs parfaitement licite puisque les biens dont il s'agit font partie du domaine *privé* de la commune, non de son domaine public et qu'ils sont donc soumis au statut du droit civil (Maurice PICARD, nos 135 et suiv.).

1546. Concessions sur le domaine public. — Le domaine public est susceptible de *concessions* diverses; à titre d'exemples, nous citerons celles qui portent sur des *chemins de fer*, sur des *canaux* ou sur des *cimetières*. Les droits résultant, pour les *concessionnaires*, de l'*acte de concession*, sont très variables : tandis que les *sépultures* sont considérées comme faisant l'objet d'un droit réel de jouissance (*Inf.* n° 1598), les concessions de chemins de fer ne confèrent au bénéficiaire aucun droit réel civil, en sorte que sa prérogative est purement mobilière, encore que portant sur des immeubles (Civ. 15 mai 1861, *D. P.*, 1861, 1, 225) et qu'elle ne comporte donc pas l'hypothèque.

§ V. — LA PROPRIÉTÉ APPARENTE

1547. Définition. — Le *propriétaire apparent* est celui qui passe, au regard du public, pour avoir la propriété d'un bien qui, en réalité, appartient à une autre personne; c'est donc celui qui a *la possession d'état de propriétaire* sans être investi de cet état même.

1548. Application. — Cette scission de l'apparence d'avec la réalité ne se conçoit guère en matière mobilière, du moins dans la mesure où la règle *en fait de meubles la possession vaut titre* trouve à s'appliquer : la possession mobilière valant titre de propriété, le propriétaire apparent se trouve être un propriétaire véritable (*inf.*, n^os^ 1619 et suiv.); elle ne se conçoit pas davantage, même pour les immeubles, dans les pays où le transfert de la propriété immobilière et la constitution de droits réels immobiliers se réalisent au moyen d'inscriptions effectuées sur des livres fonciers; dans ce système, l'apparence se confond avec la réalité, telle qu'elle ressort des mentions opérées sur les registres publics, et les tiers peuvent traiter en toute sécurité avec celui dont le droit de propriété est officiellement affirmé à l'aide des dites mentions (*inf.*, n° 1752).

Mais, sous l'empire d'une législation empirique qui, comme la nôtre, laisse au problème de la preuve de la propriété toute son acuité (inf., n° 1608), le divorce de l'apparence et de la réalité se conçoit au contraire en matière immobilière et la question se pose alors de savoir quel est le sort des actes passés par le propriétaire apparent : aliénation, constitutions de servitudes ou d'hypothèques; consentis par un *non dominus*, ces actes sont-ils à considérer comme non avenus? Ou bien convient-il de leur laisser sortir effet en considération de la bonne foi de la contre-partie et de l'erreur, peut-être invincible, dans laquelle elle est tombée?

Les tribunaux ont eu à résoudre ce délicat problème soit à propos des actes consentis par un *héritier apparent*, soit pour ceux qui avaient été passés par les *prête-noms de congrégations non autorisées* et à l'occasion de la liquidation des biens ressortissant à ces groupements illicites.

1549. Principe fourni par le droit strict. — Si l'on envisage le problème sous sa forme purement logique et abstraite, la solution ne peut faire doute : un *non dominus* ne saurait conférer à autrui des droits qui ne lui appartiennent pas : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* (art. 1599, 2125, 2182, § 2) ; l'ayant cause a exactement les mêmes droits que son auteur, c'est-à-dire, et par hypothèse, zéro.

1550. — Mais cette rigueur inexorable conduirait parfois à des résultats iniques; il est telles éventualités où le *summum jus* équivaudrait à la *summa injuria*.

1° La propriété de l'auteur était établie apparemment par un *acte ostensible* dont l'autorité se trouvait détruite par un *acte secret*; l'acquéreur de bonne foi, qui a traité dans ces conditions exceptionnelles, est couvert par la règle écrite dans l'article 1321 aux termes duquel les *contre-lettres* sont sans effet à l'égard des tiers;

2° L'erreur dans laquelle est tombé l'ayant cause était partagée par tous; c'était une erreur *commune* et *invincible*; alors intervient une maxime séculaire en vertu de laquelle *error communis facit jus*; la bonne foi universelle devient créatrice de droits; ainsi l'exige l'intérêt social, l'intérêt, sinon de la loi écrite, du moins du droit envisagé dans toute son ampleur et son universalité; l'organisme juridique a besoin, pour son bon fonctionnement, de quelques soupapes de sûreté en l'absence desquelles il serait brisé; la règle *error communis facit jus* représente une de ces issues, une de ces vues ouvertes sur l'équité et sur le droit pur : l'ayant cause de bonne foi, qui avait traité, sous le coup d'une erreur commune, avec un *non dominus*, sera consolidé dans son titre et dans sa position juridique : il sera investi de droits qui n'appartenaient pas à son auteur; l'apparence aura créé en sa faveur une réalité.

1551. — Nous étudierons spécialement, à propos des successions *ab intestat*, les actes passés par *l'héritier apparent*, (*inf.*, t. III, n° 1021) ; pour ce qui est des actes émanés des prête-noms de congrégations non autorisées, voyez : Civ. 17 juillet 1907 (*D. P.*, 1908, 1, 11, *S.*, 1907, 1, 401, note Wahl et conclusions du procureur général Baudoin) ; Civ.

11 mai 1908 (trois arrêts), Req. 8 juill. 1909, Civ. 12 juill. 1909 (*S.*, 1910, 1, 84) ; Civ. 23 et 24 mars 1910 (*D. P.*, 1910, 1, 114), *Inf.*, t. II, n° 1434.

Chapitre IV

La protection et la preuve de la propriété

(Revendication des immeubles et des meubles)

1552. Position de la question. — De même qu'il existe un problème de la *protection possessoire* (*sup.*, n° 1388), ainsi se pose celui de la *protection pétitoire*, c'est-à-dire de la *protection de la propriété* : un propriétaire est lésé, est inquiété dans l'exercice de son droit, ou dans son existence, dans les attributs qu'il comporte; quels moyens sont alors mis à sa disposition en vue d'obtenir et la cessation de l'injustice et la réparation du préjudice souffert, afin de restituer à son droit, dans l'*avenir* et, autant que possible, dans le *passé*, son efficacité, sa plénitude intégrales? C'est dans ces termes que se pose le problème de la *protection* et, en conséquence, de la *preuve* de la propriété.

Problème fort complexe, car le système institué par le législateur et par la jurisprudence pour assurer l'efficacité du droit de propriété n'est pas un, mais essentiellement composite; il est multiforme comme la propriété même à laquelle il s'applique.

1553. La revendication. — C'est une erreur assez répandue que de voir dans la *revendication* la *sanction unique* du droit de propriété; la situation juridique est beaucoup moins simple qu'on l'imagine et le domaine, soit *théorique*, soit surtout *pratique* de cette action est bien moins étendu qu'on le suppose ordinairement.

1° La revendication est à peu près étrangère aux *propriétés incorporelles*, ou, du moins, les actions accordées aux titulaires de semblables propriétés ne sont que des adaptations plus ou moins libres qui ne rappellent que d'assez loin le prototype traditionnel (action en *contrefaçon*, revendication des *marques* de commerce et de fabrique, prétendue revendication du *nom*, etc.) : on ne revendique pas des droits d'auteur ou une propriété scientifique comme on revendique une maison ou un lopin de terre;

2° En matière *mobilière*, la revendication est très fréquemment paralysée, neutralisée par l'étroite dépendance que le législateur a établie entre la possession et la propriété : pos-

séder un bien, dans de certaines conditions, c'est en être propriétaire; la possession s'identifiant ainsi, ou presque, avec la propriété, la revendication demeure sans emploi, puisque cette action implique, nous le verrons, qu'un propriétaire a perdu la possession ou, au moins, le contact avec sa chose (*inf.*, n^{os} 1557 et suiv.);

3° Même en matière *immobilière*, la revendication est loin de constituer l'unique sanction du droit de propriété; bien souvent, il arrive qu'un propriétaire, lésé dans ses droits, recoure à un moyen différent pour obtenir justice :

a) Aux actions *possessoires* ou à la *réintégrande*, grâce auxquelles il acquerra une situation juridique prépondérante et pourra se contenter de garder désormais la défensive, de voir venir l'adversaire (*sup.*, n° 1403);

b) A différentes actions correspondant à des cas particuliers (voy. art. 673, § 1), parfois même à *la justice privée*, c'est-à-dire à sa propre justice (art. 673, § 2);

c) Et surtout à la sanction inscrite dans l'article 1382, à des *dommages-intérêts*. Le propriétaire dont le droit est violé peut agir contre l'auteur responsable de la lésion et lui demander réparation du préjudice éprouvé; car l'article 1382 protège le droit de propriété comme les autres droits. (Voy. des applications dans les art. 641, §§ 2, 3 et 4; 642, § 3.)

1554. — Dans toutes ces éventualités, on ne voit point apparaître la revendication. Cette action suppose une situation particulière, à savoir *que le propriétaire n'est plus en contact avec sa chose et que son droit de propriété lui-même est contesté*. Le bien est détenu indûment par un tiers qui prétend pouvoir le garder : c'est alors que le propriétaire exerce la revendication, ou, du moins qu'il peut l'exercer.

1555. Plan. — Nous distinguerons, en conséquence de l'observation faite précédemment, la revendication des *immeubles* et celle des *meubles* : les deux actions sont soumises à des règles très différentes, sauf cependant en ceci qu'elles relèvent l'une et l'autre de la *compétence judiciaire*; ce sont les tribunaux *judiciaires* (et non les juridictions *administratives*) qui ont été institués les gardiens de la propriété privée, et ce monopole exclusif constitue pour les particuliers une garantie précieuse contre les tentatives d'empiétement des pouvoirs publics (Req. 17 déc. 1887, *S.*, 1897, 1, 492; Civ. 11 janv. 1898, *D. P.*, 1904, 1, 265; 4 août 1915, *D. P.*, 1921, 1, 15; Paris, 10 juill. 1925, *D. H.*, 1925, 563).

Section I. — LA REVENDICATION DES IMMEUBLES

1556. Plan. — Nous nous préoccuperons :
1° Du *domaine d'application pratique* de la revendication immobilière;
2° Des difficultés de *preuve* qu'elle soulève;
3° Des *résultats* auxquels elle conduit.

§ 1. — DOMAINE D'APPLICATION PRATIQUE DE LA REVENDICATION IMMOBILIÈRE

1557. En fait, le problème de la protection possessoire est préjudiciel à celui du pétitoire. — Le propriétaire qui agit en revendication doit faire la preuve de son droit de propriété; or, cette preuve, nous le verrons, est difficile à administrer. Aussi l'intéressé préférera-t-il, autant que possible, placer la lutte sur un autre terrain, ce qu'il lui sera loisible de faire pourvu qu'il ait conservé, vis-à-vis de son adversaire, la situation juridique de possesseur, et il en sera ainsi dans les différents ordres d'éventualités que voici :
1° L'adversaire, celui qui détient la chose, la possède vraiment, mais sa possession est vicieuse par rapport au propriétaire; elle était entachée de violence, de clandestinité ou de discontinuité. En ce cas, le propriétaire agira au possessoire; il exercera, suivant les cas, la *complainte* ou la *dénonciation de nouvel œuvre*, ou encore cette action spéciale qui a nom la *réintégrande*; sur ce terrain, son succès est assuré; et, une fois rentré en possession paisible et *effective* de son bien, il attendra les événements, fort de la situation dominante qu'il aura ainsi acquise et qui, si son adversaire soulève la question de propriété, mettra tous les avantages de son côté (*sup.*, n° 1403 et *inf.*, n^{os} 1560 et suiv.);
2° Même observation et même solution pour le cas où le détenteur actuel, ayant une possession véritable et non vicieuse, ne l'exerce pas depuis une année au moins; *dépourvu de la saisine possessoire* (*sup.*, n° 1403), il succombera dans l'instance que le propriétaire engagera *au possessoire*;
3° Celui qui est en contact avec la chose n'est qu'un *simple détenteur*; c'est un fermier, par exemple, qui, le bail expiré, reste sur les lieux et refuse d'évacuer l'immeuble. Le bailleur n'agira alors ni en revendication, ni même au possessoire; délaissant ces moyens qui dépasseraient le but poursuivi, il exercera l'action personnelle issue du contrat de bail; il se présentera comme créancier, comme bailleur;

il réclamera l'exécution de l'obligation de restitution, assumée par le preneur en cette qualité; il ne traitera pas celui-ci comme un tiers, mais comme un débiteur contractuel; par là, il échappera à la nécessité de prouver qu'il soit propriétaire ou possesseur.

Dans de telles occurrences, il est rarement question, *en fait*, de la revendication à laquelle le propriétaire ne recourt qu'en désespoir de cause, désireux qu'il est d'éluder les difficultés très réelles qu'offre la preuve du droit de propriété.

§ II. — LA PREUVE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

1558. Position de la question. — Par hypothèse, le défendeur à la revendication est en possession, *lato sensu*; c'est au demandeur, au propriétaire prétendu, qu'incombe le *fardeau de la preuve*, et cela conformément au droit commun : *actori incumbit probatio*. Cette preuve délicate, par quels procédés l'administrera-t-il?

1559. Distinction. — Pour trancher le problème, il faut distinguer selon que le défendeur a ou non une possession *utile*, c'est-à-dire une possession valable en vue de l'usucapion, *utile à prescrire* (Lyon, 2 mars 1887, *D. P.*, 1888, 2, 66), donc une possession qui présente cette double qualité : 1° d'être une possession véritable, *animo domini*, à titre de propriétaire; 2° d'être exempte de vices, d'être paisible, publique, continue, non équivoque.

1 *Premier cas.* — Le défendeur n'exerce pas une possession utile; il n'est pas en voie d'usucaper la chose. Alors, le demandeur peut établir son droit de propriété par tous les moyens possibles; sans doute, c'est bien encore à lui que le fardeau de la preuve incombe; mais ce fardeau lui est rendu aussi léger qu'il est possible; il invoquera l'autorité d'*indications cadastrales* (sur le cadastre, le domaine figure au nom du demandeur actuel ou de son auteur), ou bien d'*anciens faits de possession*, ou encore il fera intervenir des *témoins*, ou il établira qu'il a payé les *impositions* afférentes à l'immeuble litigieux, etc. (Req. 29 janv. 1884, *S.*, 1884, 1, 152, *D. P.*, 1884, 1, 314; 22 déc. 1891, *S.*, 1892, 1, 24; Civ. 26 déc. 1921, *S.*, 1923, 1, 297, note P. Esmein, *D. P.*, 1925, 1, 140). Le défendeur n'est donc alors couvert par aucune présomption de propriété; il bénéficie seulement de sa situation même de défendeur, grâce à laquelle il doit triompher si son adversaire ne parvient pas à établir le bien-

fondé de ses prétentions; mais les juges prennent en considération toutes présomptions de fait et circonstances de la cause (Req. 29 mars 1933, *S.*, 1933, 1, 224).

1560. II. *Deuxième cas.* — Le défendeur est investi d'une possession *utile*; alors, non seulement il profite de sa situation défensive, mais encore il est couvert par une *présomption de propriété* qui, enlevant au demandeur une partie de ses moyens probatoires, ne peut être renversée que par deux procédés : le *titre* ou la prescription dite acquisitive, c'est-à-dire l'*usucapion*.

A. Le *titre*. — Le demandeur produit un titre; alors il obtiendra gain de cause, mais à une double condition :

1° Il faut que ce titre établisse vraiment, directement, son droit de propriété; il ne suffirait pas qu'il fît naître une *présomption*. Sans doute, on n'exige pas qu'il ait un caractère translatif; un acte simplement *déclaratif*, tel un *partage*, un *jugement*, un *procès-verbal d'abornement*, sera suffisamment probant; mais des énonciations cadastrales seraient inopérantes, comme n'établissant pas directement et sûrement la propriété du demandeur;

2° On exige, en pratique, que le titre du demandeur soit plus ancien que la possession du défendeur : du titre du demandeur et de la possession *ad usucapionem* du défendeur, celui-là l'emporte qui a l'avantage chronologique (Civ. 22 juin 1864, *D. P.*, 1864, 1, 412; 14 juin 1904, *D. P.*, 1905, 1, 8).

1560*bis*. Critique de cette jurisprudence. — Pothier, qui formulait déjà cette exigence, l'expliquait en alléguant qu'un titre postérieur à l'entrée en possession du défendeur ne prouve rien, car il ne montre pas que le demandeur ait traité avec le propriétaire (Pothier, *Traité du droit de propriété*, n° 324). Ce raisonnement a le tort de lier trop étroitement la notion de possession à celle de propriété; de ce qu'une personne ne possède pas un bien, il serait divinatoire d'en conclure qu'elle n'en a pas la propriété; il faut se souvenir qu'en matière immobilière les deux notions de la possession et de la propriété sont loin de coïncider. Il est donc très possible que celui qui a acheté d'un non-possesseur soit cependant devenu propriétaire, tout simplement parce que son ayant cause avait la propriété, sans la possession. Pothier, et notre jurisprudence après lui, confèrent à la présomption de propriété résultant de la possession *ad usucapionem* une autorité excessive en lui donnant le pas sur un titre de propriété.

1561. Correctif. — Il ne faut d'ailleurs pas exagérer les inconvénients de cette jurisprudence : en réalité, le demandeur ne succombera pas nécessairement par cela seul que son titre sera postérieur en date à l'entrée en possession de son adversaire, car il aura peut-être la ressource de produire le titre de son propre auteur, et si ce titre est lui-même plus ancien que la possession du défendeur, le succès lui appartiendra; sinon, il devra, si possible, remonter jusqu'aux titres des auteurs précédents, de façon à réaliser la priorité exigée par la jurisprudence. Car tel est le résultat pratique auquel aboutit celle-ci : elle contraint le demandeur en revendication à remonter la filière des titres constituant l'état civil de l'immeuble litigieux, en commençant par le sien et en ne s'arrêtant que lorsqu'il en aura découvert un dont la date soit antérieure à l'entrée en possession du défendeur; en fait, il y a là, pour lui, une gêne plutôt qu'une iniquité, et qui comporte une moralité : ne jamais acquérir un immeuble d'un auteur qui n'en a pas la possession actuelle.

1562. Opposabilité absolue du titre de propriété. — Lorsque les deux conditions précédemment indiquées sont réunies, le titre du demandeur l'emporte sur la possession *ad usucapionem* du défendeur, et cela quand bien même il n'émanerait ni de celui-ci, ni de ses auteurs. Vainement objecterait-on le principe de la relativité des conventions, écrit dans l'article 1165; il faut se rappeler qu'il n'est point valable pour les conventions donnant naissance à des droits absolus, notamment pour celles qui transfèrent la propriété; un acte productif d'un droit opposable à tous est, par la force des choses, lui-même opposable à toute personne : la généralité de l'effet reflue en quelque sorte sur la cause qui s'en trouve elle-même généralisée. La jurisprudence est constamment établie en ce sens (Civ. 21 mars 1894, *S.*, 1894, 1, 360, *D. P.*, 1894, 1, 240; Req. 15 nov. 1897, *S.*, 1898, 1, 337 note Wahl; Civ. 9 janv. 1901, *D. P.*, 30 mars 1906, *D. P.*, 1907, 2, 74; 6 juill. 1908, *D. P.*, 1909, 2, 342).

1563. Titre contre titre. — Il peut advenir que les deux adversaires produisent chacun un titre; le conflit devient alors plus difficile à résoudre, du moins si les deux titres émanent de deux personnes différentes.

1° Car s'ils émanent du *même* auteur, le régime de la *transcription* permettra de dénouer le différend : des deux ayants cause successifs du même auteur, celui-là l'emporte dont le titre a été le premier transcrit (*inf.*, n° 1710);

2° La situation est autrement embarrassante si les deux titres émanent de deux personnes différentes, étrangères juridiquement l'une à l'autre en ce qui concerne l'immeuble litigieux. La jurisprudence et la doctrine sont assez incertaines; on peut cependant dégager des décisions intervenues les directives suivantes :

a) L'ancienneté respective des deux titres n'est plus décisive en l'occurrence; le juge peut, en s'inspirant des *circonstances de la cause*, donner la préférence à celui des plaideurs dont le titre est le plus récent (Civ. 12 nov. 1907, *D. P.*, 1908, 1, 313, note RIPERT, *S.*, 1910, 1, 338);

b) Si l'un des adversaires réussit à prouver que son auteur l'aurait emporté sur celui de l'autre plaideur, la victoire lui restera; la lutte remonte ainsi d'un degré; elle s'engage rétrospectivement entre les auteurs des adversaires actuels et l'on part de cette idée que les ayants cause ne sauraient avoir plus de droits que leurs auteurs (Civ. 21 déc. 1903, *D. P.*, 1906, 1, 175);

c) Si la lutte est indécise, les deux titres se neutralisent et c'est donc le défendeur qui l'emporte puisque, nous l'avons supposé, il a pour lui une possession utile, c'est-à-dire une possession établissant en sa faveur une présomption de propriété (Civ. 12 nov. 1907, précité).

1564. B. *La prescription.* — Le demandeur, que nous supposons maintenant démuni de titre, a un autre moyen de renverser la présomption de propriété qui est attachée à la possession utile du défendeur : il lui appartient de démontrer qu'il a possédé jadis l'immeuble pendant un assez long temps pour bénéficier de la *prescription* dite acquisitive, soit pendant trente années. S'il réussit à faire cette preuve, la présomption attachée à la possession actuelle du défendeur est annihilée par une présomption plus forte encore dont bénéficie sa propre possession prolongée assez longtemps pour avoir abouti à l'*usucapion* : la propriété *commençante* cède le pas devant la propriété *réalisée*, définitivement acquise.

Nous sommes ainsi amené à étudier le rôle dévolu à la prescription trentenaire en matière de propriété et en tant qu'instrument de preuve de celle-ci.

L'USUCAPION TRENTENAIRE

(PRESCRIPTION DITE ACQUISITIVE)

1565. Sources. — Code civil, livre III, titre XX, articles 2219 et 2281.

Bibliographie. — Maurice PICARD, *Les biens*, nos 688 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, *Traité de la prescription*.

1566. Définition et rôle social de la prescription dite acquisitive ou usucapion trentenaire. — Sous la rubrique « *De la prescription* », dans le titre XX du livre III, aux articles 2219 et suivants, le législateur a bloqué deux institutions qui sont, en réalité, très distinctes : la prescription dite *extinctive* ou *libératoire*, la *prescription* dite *acquisitive* ou *usucapion*, la première qui éteint les droits, la deuxième qui les fait acquérir.

Comme nous l'avons précédemment montré (*sup.* nos 1507 et suiv.), en matière de propriété immobilière il ne saurait être question que de prescription acquisitive, non de prescription extinctive : le droit de propriété résiste en effet à la seule action du temps, il ne s'éteint pas par le non-usage. Nous laissons donc de côté la fonction *négative*, *destructive*, de la prescription, pour ne retenir ici que sa fonction *positive* et *acquisitive*.

1567. — Mais est-ce bien de fonction acquisitive qu'il convient de parler à ce sujet? La prescription est-elle vraiment un *mode d'acquérir la propriété*?

L'affirmative semble ne devoir faire aucun doute, puisque le législateur la consacre expressément : dans l'article 712, il est dit que « *la propriété s'acquiert... par prescription* » (Comp. art. 2219). D'ailleurs, la terminologie n'est-elle pas suffisamment éloquente? Les expressions *prescription acquisitive*, *usucapion*, évoquent l'idée d'une acquisition nouvelle, d'une investiture par l'action du temps.

Cependant, et si ancrée que soit cette conception dans les esprits et dans la langue, nous n'hésitons pas à l'écarter : si elle n'est pas entièrement fausse, elle ne renferme du moins qu'une très petite part de vérité : en réalité, la prescription que nous étudions à cette place remplit une double fonction; suivant les éventualités, elle est un *mode de preuve* ou un *mode d'acquérir*; mais la première de ces fonctions dépasse tellement la seconde en importance, en moralité et

en légitimité qu'elle la relègue tout à fait à l'arrière-plan et qu'elle mérite seule, à vrai dire, de retenir toute l'attention du juriste.

Il est bien vrai que la prescription fonctionne au profit du possesseur, fût-il de mauvaise foi, et qu'elle assure donc, à l'occasion, le triomphe de l'usurpateur; alors, elle mérite vraiment l'épithète d'acquisitive qui lui est traditionnellement conférée; d'un *non dominus* elle fait un propriétaire; mais c'est là une éventualité très rare dont on ne saurait s'emparer pour caractériser l'institution elle-même; à ce compte-là, on pourrait tout aussi bien dire que la possession d'état d'époux légitime, dans les cas exceptionnels où la loi la prend en considération (*Sup.*, n^os^ 889 et suiv.) tend à transformer un concubinage en mariage régulier, ou encore que les jugements intervenus sur une question de propriété sont eux-mêmes translatifs, car il arrive que le tribunal se trompe et qu'il reconnaisse à tort les droits d'un *non dominus*; ce sont là des événements fâcheux et exceptionnels qui n'influent en rien sur l'essence même des principes dont ils sont, non l'application, mais la déviation et la caricature. Il faut se garder de confondre un *résultat* avec un *but* : il advient que, grâce à un passeport, un malfaiteur puisse franchir la frontière sans encombre et échapper ainsi à la justice de son pays; cependant, nul ne songerait à considérer que ce résultat accidentel constitue la raison d'être d'un tel document. De même, le triomphe de l'usurpateur peut bien être le résultat de l'usucapion; il n'en constitue jamais le but, le rôle, la fonction; il faut y voir le *déchet* de l'institution, la *rançon* de ses mérites éminents, mérites tels qu'une législation, du moins une législation comme la nôtre, ne saurait s'en passer.

1568. Nécessité de la prescription dite acquisitive. — En effet, supposons un moment que la prescription ne figure pas au nombre de nos institutions; alors, tout propriétaire se trouverait dans l'impossibilité de faire la preuve de son droit; vainement produirait-il un titre; on lui répondrait qu'il n'a pu lui transférer la propriété que s'il est émané d'un propriétaire. Voilà donc notre demandeur dans l'obligation de produire le titre de son auteur; mais, à supposer qu'il puisse le représenter, il n'en serait pas pour cela plus avancé, car son adversaire construirait la même argumentation que précédemment et le mettrait ainsi dans la nécessité de montrer le titre de l'auteur de son auteur; et ainsi de suite, sans qu'il y eût aucun motif de s'arrêter dans cette course rétrospective, sans que cette chaîne infernale

comportât jamais une fin; un moment adviendrait fatalement où le demandeur serait pris en défaut, ce qui reviendrait à dire que celui-là triompherait invariablement dans le procès en revendication qui serait en *possession actuelle* et qui serait par cela même dispensé totalement de la preuve; en d'autres termes, possession actuelle et propriété ne feraient qu'un, ou, si l'on veut, il n'y aurait plus de propriété. C'est la prescription qui permet d'éviter cet écueil, de sortir de l'impasse : celui-là sera considéré comme le légitime propriétaire qui, par lui-même ou par ses auteurs, aura possédé l'immeuble pendant un délai de trente années. La prescription acquisitive a été introduite pour assurer la victoire, non du spoliateur, mais du légitime propriétaire, « *ne dominia in perpetuum incerta maneant* »; il faut y voir un *mode de preuve* de la propriété; la loi vient au secours du légitime propriétaire à l'aide d'une *présomption*; l'œuvre du temps est une œuvre de consolidation, non de spoliation; la prolongation de l'*état de fait* dénonce, découvre le *droit*, mais n'est nullement destinée à le méconnaître et à l'étouffer.

1569. Les preuves de la nature juridique de l'usucapion, présomption légale de propriété. — Ce n'est pas seulement par le raisonnement et par l'absurde que l'on peut faire la preuve du rôle social, de la nature juridique de l'usucapion, présomption légale établie dans l'intérêt du légitime propriétaire et qui ne se retourne contre lui que dans des cas exceptionnels et par accident; c'est aussi par des arguments tirés des *textes*, des *principes généraux*, du *droit comparé*.

1° L'art. 1350, citant des exemples de *présomptions légales*, vise « ... 2° *les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées* », allusion manifeste à la prescription dite acquisitive et à la prescription dite extinctive; après quoi le texte cite « 3° *l'autorité que la loi attribue à la chose jugée* », effectuant ainsi un rapprochement suggestif entre la *présomption de vérité* attachée aux décisions judiciaires et la *présomption de propriété* dont bénéficie la longue possession :

2° Comme nous le verrons, la prescription agit rétroactivement : celui qu'elle protège est considéré comme propriétaire dès le jour de son entrée en possession, solution toute simple pour qui voit dans la prescription un mode de preuve de la propriété, mais solution étrange, et presque inexplicable pour qui y découvre un mode d'acquérir (*Inf.* n° 1602);

3° La prescription n'agit point de plein droit; il n'appartient pas au juge d'en tenir compte d'office; encore faut-il

qu'elle soit opposée, invoquée par le bénéficiaire (*Inf.* n° 1603), particularité qui s'explique dans la conception de la prescription mode de preuve de la propriété (il est des moyens probatoires dont l'initiative est laissée aux parties : aveu, serment décisoire), mais qui constitue une singulière anomalie pour qui voit dans l'usucapion un mode d'acquérir; on est propriétaire d'une chose ou bien on ne l'est pas; le *fond* même du droit ne saurait être à la merci d'une parole, d'un geste effectué unilatéralement par un particulier;

4° Il est des législations qui ont organisé la *preuve directe* de la propriété au moyen de la tenue de *livres fonciers* (*Inf.* n° 1752). Sous un tel régime, on n'a que faire de présomptions, légales ou autres, puisqu'on va droit au but grâce à une sorte d'état civil institué pour la propriété immobilière. Aussi la prescription subit-elle alors une éclipse, complète ou partielle; ou bien elle disparaît, ou bien elle est transformée et réduite à un rôle subalterne. (Système de l'*act Torrens*; législations *allemande* et *suisse*; projet français élaboré par la Commission extra-parlementaire du cadastre).

1570. Conclusion. — La prescription dite acquisitive ne fait acquérir la propriété immobilière que par accident; son rôle essentiel et le plus honorable, le seul honorable, est de permettre la preuve de cette propriété qui, grâce à elle, échappe à des revendications lointaines et imprévisibles : elle se ramène essentiellement à une présomption de propriété établie en faveur de celui qui a possédé un immeuble pendant un long temps; avec elle, c'est la possession qui vient au secours de la propriété dont elle permet d'établir l'existence : *prescription vaut titre*, et même davantage, puisque, de deux adversaires, dont l'un est muni d'un titre et dont l'autre peut invoquer la prescription, c'est le dernier qui triomphe.

1571. Plan. — Nous rechercherons :

1° A quelles *conditions* s'accomplit la prescription dite acquisitive;

2° Quels *effets* elle produit.

I. *Conditions requises pour l'accomplissement de l'usucapion.*

1572. Plan. — Ces conditions ont trait :

1° A l'*immeuble* en cause;

2° A la *nature de la possession*;

3° A sa *durée*.

1573. I. Conditions relatives à l'immeuble. — L'usucapion trouve son emploi avec tous les immeubles susceptibles de possession. Cependant, aux termes de l'art. 2226, « *on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce* ». Cette formule élimine, non seulement les biens qui répugnent à toute appropriation privée, notamment ceux qui font partie du *domaine public*, mais aussi ceux qui, comportant une propriété particulière et y étant soumis actuellement, sont frappés d'inaliénabilité, laquelle a pour corollaire, sinon nécessaire, du moins habituel, l'imprescriptibilité. C'est ainsi qu'un *immeuble dotal*, appartenant à une femme mariée sous le régime dotal, est imprescriptible parce qu'inaliénable, du moins aussi longtemps que la séparation de biens n'est pas intervenue entre les époux (art. 1561).

Les immeubles ressortissant au *domaine privé* de l'Etat, des départements et des communes, sont sujets à prescription en tant que bien aliénables et figurant dans le commerce.

1574. II. Conditions relatives à la nature de la possession. — Par définition même, une possession ne peut conduire à la prescription que si elle est une possession *ad usucapionem*, une possession *utile*; et nous pouvons nous borner sur ce point à rappeler des notions précédemment exposées.

1° La possession doit être véritable, à titre de propriétaire, *animo domini*. Un possesseur précaire, un simple détenteur ne prescrit jamais (art. 2236 et 2240), par quelque laps de temps que ce soit, puisqu'il détient la chose en vertu d'un titre qui exclut de sa part toute prétention à la propriété. (Voy. pour les compagnies de chemins de fer, simples possesseurs précaires, Civ. 29 oct. 1899, *D. P.* 1900, 1, 258); mais les actes qu'il accomplit profitent au véritable possesseur qui peut donc prescrire par son intermédiaire (Req., 16 juill. 1928, *S.* 1928, 1, 318);

2° La possession doit être exempte de vices : elle doit n'être ni violente, ni clandestine, ni discontinue, ni équivoque (*Sup.*, n^{os} 1414 et suiv.); nous rappelons que ces vices sont ordinairement *relatifs* et qu'ils sont susceptibles de disparaître (*eod. loc.*).

1575. III. Conditions relatives à la durée de la possession. — La possession doit se prolonger pendant *trente années* pour conduire à l'usucapion. Ce délai représente le *droit commun* et, en même temps, le *maximum* en matière de prescription (art. 2262). Il arrive parfois que le délai soit

plus court; en aucun cas il n'est plus long, réserve faite des prolongations dues à des causes de *suspension* (*inf.* n° 1586); les très longues prescriptions de 40 et de 100 ans dont bénéficiaient, dans notre ancienne France, certains propriétaires privilégiés, notamment l'Eglise, ont disparu avec l'avènement du droit moderne.

1576. Computation du délai. — On applique les règles suivantes :

1° Le jour initial, celui où la possession a commencé, ne compte pas : *dies a quo non computatur in termino* (art. 2260); suivant la formule de ce texte, *le délai se compte par jours, non par heures*;

2° La prescription est accomplie lorsque le dernier jour du délai est expiré (art. 2261); à la différence du *dies a quo*, le *dies ad quem* est compris dans ce délai;

3° Le délai est calculé sur les bases du calendrier grégorien, sans tenir compte du nombre des jours, des mois ou des années : le dernier jour du délai est celui qui porte, dans la dernière année, le quantième initial;

4° Lorsque ce dernier jour est expiré, la prescription est accomplie, quand bien même il se trouvait être un jour férié;

5° Le possesseur n'a pas à faire la preuve de la continuité de sa possession, du premier au dernier jour : il lui suffit d'établir qu'il possédait aux deux jours extrêmes pour qu'une présomption de continuité joue en sa faveur (art. 2234), sauf à son adversaire de faire la preuve contraire (même texte).

1577. Obstacles à la prescription. — Lorsque les trois conditions énumérées sont réunies, lorsqu'un immeuble dans le commerce a été possédé *ad usucapionem* pendant trente années, la prescription est accomplie; on n'exige, de la part du possesseur, *ni titre*, ni *bonne foi* : un *usurpateur*, qui s'est installé sciemment sur le domaine ou dans la maison d'autrui, peut usucaper si sa possession n'est atteinte d'aucun vice : la prescription lui tiendra lieu de titre.

Toutefois, diverses circonstances peuvent modifier la cause des événements; des obstacles peuvent surgir, soit à l'origine même de la possession, soit en cours de route, qui sont de nature à retarder le dénoûment ou qui même briseront irrémédiablement le cours de la prescription : ces obstacles quels sont-ils?

1578. Interruption et suspension de la prescription. — Logiquement, la prescription ne devrait avoir à compter

qu'avec un seul obstacle : reposant uniquement sur la possession, elle ne devrait être atteinte, dans ses œuvres vives, que par la cessation de celle-ci : seule serait à redouter l'*interruption de prescription* résultant de l'*interruption de possession*.

Cependant, notre Code civil a admis, conformément à la tradition encore que dans une moindre mesure, que l'usucapion peut être, non plus brisée, non plus interrompue, mais du moins retardée par certaines circonstances tout à fait étrangères à la possession et relatives à la personne, à la situation du propriétaire que la prescription menace de dépouiller; on a considéré qu'il serait injuste d'atteindre un propriétaire qui n'est pas en mesure de conjurer le péril, d'interrompre la prescription menaçante; et, afin de lui venir en aide, on suspend le cours des événements jusqu'au moment où il sera à même de défendre ses intérêts. On dit alors que la prescription est *suspendue*; et il faut bien comprendre que la *suspension* n'est que le corollaire, le complément de l'*interruption*, en ce sens que la loi suspend la prescription jusqu'au moment où le propriétaire visé sera à même de l'interrompre.

1579. Comparaison. — Entre ces deux théories de la *suspension* et de l'*interruption*, le contraste est très accusé, en dépit de leurs affinités électives.

1° La différence capitale, qui commande à toutes les autres, consiste en ceci que l'interruption de prescription est toujours la conséquence d'une interruption dans la possession, au lieu que la suspension est motivée par des circonstances étrangères à la possession; elle se produit encore que la possession se continue;

2° De là une différence importante dans les *effets* : l'interruption brise, avec la possession, la prescription qui reposait sur elle; la possession antérieurement courue est désormais inutilisable pour l'usucapion : *tout est à recommencer*. Au contraire, la suspension, qui implique la continuation de la possession, ne marque qu'un temps d'arrêt; un obstacle temporaire s'oppose à ce que la possession compte pour la prescription; le jour où cet obstacle disparaîtra, celle-ci reprendra son cours; les deux tronçons, un instant séparés, se rejoindront, *s'il y a lieu*;

3° *S'il y a lieu*, et nous touchons à une nouvelle différence entre les deux théories : l'interruption n'est concevable que durant le cours de la prescription, *in tempore medio*, tandis que la cause de suspension — par exemple la minorité du propriétaire — peut parfaitement être contempo-

raine de l'entrée en possession; il arrive ainsi que la prescription soit *initialement suspendue*, qu'elle se trouve comprimée à sa source même; en pareille occurrence, et l'obstacle venant à disparaître, il n'y aura pas lieu d'additionner une possession passée à la possession à venir; la possession passée n'a pas compté pour l'usucapion. Mais il n'en reste pas moins que la prescription a juridiquement commencé dès le jour initial, encore qu'elle ait été aussitôt suspendue (Maurice Picard, *op. cit.*, n° 735);

4° L'interruption, parce qu'elle résulte d'une perte de possession, opère en principe *erga omnes*, *in rem*, tandis que la suspension, motivée par des considérations de personne, par la situation juridique d'un propriétaire déterminé, est essentiellement personnelle et relative; elle n'opère, elle ne se produit que *in personam*, dans les rapports du possesseur avec une personne déterminée.

Ces différences établies, nous allons procéder à l'examen des deux théories que nous venons de comparer dans leur essence même.

1580. I. Théorie de l'interruption. — « *La prescription peut être interrompue ou naturellement ou civilement* » (art. 2242.

A. *Interruption naturelle.* — Elle implique une *perte matérielle de la possession, une privation de jouissance*; nous n'avons donc qu'à renvoyer à ce que nous avons dit précédemment à ce sujet (*Sup.*, n^{os} 1425 et suiv.), et en rappelant seulement :

1° Que peu importe la personnalité de celui qui réalise l'interruption de la possession, tiers ou propriétaire (l'art. 2243 parle à tort de l'*ancien* propriétaire, alors qu'il s'agit du propriétaire *actuel*, la prescription n'ayant pas encore accompli son œuvre);

2° Que la possession juridique d'un immeuble n'est pas perdue par cela seul qu'on n'est plus en contact avec la chose, mais qu'elle survit aussi longtemps qu'on est investi des moyens de triompher au possessoire, donc tant qu'on n'est pas privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de l'immeuble, ainsi que le précise l'article 2243 (*Sup.* n° 1425).

1581. B. **Interruption civile.** — A la différence de la précédente, elle ne suppose pas une dépossession *matérielle*, une perte de jouissance. Dans le système du Code civil, tel qu'il ressort des art. 2244 à 2250, elle peut être l'œuvre soit du *propriétaire*, soit du *possesseur*.

1° *Interruption émanant du propriétaire, — a domino.* — Art. 2244. On suppose que le propriétaire fait valoir ses droits sur la chose, qu'il exerce une poursuite à cet effet.

D'après le texte, différentes espèces d'actes vaudraient interpellation du possesseur et interrompraient donc la prescription : *citation en justice, commandement, saisie.* Mais ces deux derniers actes sont réservés aux créanciers; ils ne sont pas à la disposition d'un propriétaire; en les mentionnant, le législateur a visé la *prescription extinctive* dont nous n'avons pas à nous occuper ici. Il reste donc uniquement, comme procédé d'interruption à la disposition du propriétaire, et pour ce qui est de l'usucapion, la *citation en justice.*

La *citation en justice*, qui ne saurait être suppléée par aucun acte et notamment par un acte conservatoire, ni par une *citation en référé* (Civ., 5 juin 1883, *D. P.*, 1883, 1, 373), est la *demande en justice* elle-même, envisagée dans sa procédure initiale : en citant le possesseur, en l'actionnant en revendication notamment, le propriétaire interrompt civilement la prescription en cours, et cela *aussitôt que la procédure est engagée.*

La *procédure* et *non pas l'instance* : la *citation en conciliation*, qui précède l'instance, interrompt la prescription pourvu qu'elle soit suivie d'une citation en justice dans le délai d'un mois (art. 2245, C. civ. cbn. art. 57, C. pr.).

C'est donc l'*acte initial de la procédure*, quel qu'il soit, qui interrompt la prescription; mais l'interruption ainsi réalisée n'est pas nécessairement définitive; *encore faut-il que la demande aboutisse*; jusque-là différents événements peuvent surgir qui destitueront la demande en justice de sa vertu interruptive et qu'on trouve énumérés dans l'article 2247 :

1° L'assignation est annulée pour *défaut de forme* (mais il n'y a pas défaut de forme si la citation est libellée pour un jour où le tribunal n'a pas audience; la prescription est alors interrompue : Civ., 6 déc. 1877, *D. P.*, 1877, 1, 55; Req., 1er juill. 1935, *Sem. jur.*, 1936, 1, 90);

2° Le demandeur *se désiste*; il abandonne la procédure;

3° Il laisse *se périmer* l'instance (ce qui suppose que la procédure est désertée pendant trois années);

4° La demande est *rejetée.*

En somme, la citation en justice n'interrompt donc définitivement la prescription qu'autant que son auteur obtient gain de cause : sinon, on considère que rien n'a été fait.

1582. Exception au cas de citation devant un juge incompétent. — La règle comporte cependant une excep-

tion pour le cas où le propriétaire actionne le possesseur devant un juge incompétent; bien que la demande n'aboutisse pas, le tribunal se déclarant par hypothèse incompétent pour en connaître, le législateur décide que la citation aura interrompu définitivement la prescription (art. 2246), ce qu'on explique en disant que les règles de compétence sont délicates et complexes et qu'il aurait été bien rigoureux de faire grief au demandeur de ne les avoir pas exactement appliquées. L'observation est juste, mais ne conduirait-elle pas à traiter avec la même indulgence toutes les erreurs de droit? Ce ne sont pas seulement les règles de compétence qui sont difficiles à connaître et à interpréter : bon nombre de vices de forme mériteraient l'amnistie au même titre que les erreurs de compétence; cependant, l'assimilation est impossible, étant donné que l'article 2246 est conçu dans des termes précis et évidemment limitatifs.

1583. — 2° *Interruption émanant du possesseur — a possessore.* — Art. 2248 : Le possesseur reconnaît les droits du propriétaire; il avoue posséder pour autrui; par là même, la prescription en cours se trouve civilement interrompue.

L'explication de ce phénomène est simple : on ne peut prescrire qu'autant que l'on possède à titre de propriétaire, pour son compte personnel (art. 2229); or, celui qui a reconnu détenir la chose d'autrui ne remplit évidemment pas cette condition; sa possession est précaire, de son aveu même; ce n'est pas une possession *ad usucapionem*.

Cette constatation n'est pas sans intérêt; elle conduit à décider :

1° Que l'effet interruptif est indépendant de la forme dans laquelle se réalise la reconnaissance des droits du propriétaire; cette reconnaissance est *expresse* ou *tacite*, *conventionnelle* ou *unilatérale*;

2° Que ladite reconnaissance n'a pas seulement pour effet d'interrompre la prescription en cours, mais qu'elle fait obstacle à toute prescription nouvelle : un détenteur ne peut jamais usucaper.

1584. Vérification. — Nous sommes maintenant en mesure de vérifier l'exactitude du principe antérieurement posé que l'interruption de prescription implique dans tous les cas une interruption de possession dont elle est la résultante, le contre-coup (*Sup.*, n° 1579).

La chose est certaine pour l'interruption naturelle, et il est inutile de revenir sur ce point.

Elle l'est aussi, nous venons de le montrer, pour l'inter-

ruption civile émanant du possesseur : si l'auteur de la reconnaissance ne peut plus prescrire, c'est parce qu'il s'est constitué à l'état de simple détenteur.

1585. — Reste le cas d'interruption civile réalisée *a domino*, au moyen d'une citation en justice. Ici, le critérium adopté semble d'abord pris en défaut; on ne voit pas que la possession du défendeur soit interrompue. Mais il faut se rappeler que la demande en justice n'interrompt la prescription que provisoirement : c'est seulement si le demandeur obtient gain de cause que l'effet interruptif sera définitivement acquis; il faut qu'un jugement intervienne qui proclame ses droits sur l'immeuble litigieux. Mais alors, ce n'est pas, à vrai dire, la demande qui interrompt la prescription; c'est le jugement déclaratif des droits du demandeur, jugement dont les effets sont reportés à l'acte initial de la procédure afin que les lenteurs de la justice ne préjudicient pas à celui dont la cause était juste, jugement qui est *déclaratif, rétroactif*. Or, il est évident qu'une fois ce jugement rendu, le défendeur n'est plus un véritable possesseur; il ne possède plus pour lui, puisqu'il est tenu à restitution; si bien que, dans cette éventualité encore, l'interruption de la prescription trouve sa cause première dans une interruption de la possession, interruption qui se produit par anticipation, en vue d'un jugement dont les effets sont pour ainsi dire escomptés.

1586. II. **Théorie de la suspension.** — A la différence de l'interruption, la suspension de la prescription n'implique aucun changement survenu dans la possession; celle-ci se continue, mais la loi la déclare temporairement impropre à l'usucapion à raison de la situation dans laquelle se trouve actuellement le propriétaire menacé, lequel n'est point en état de se défendre et qui doit donc être défendu : la prescription est suspendue parce qu'en fait elle ne peut pas être interrompue.

La suspension se justifie donc à titre de corollaire et de sanction de l'interruption; mais, à un autre point de vue, elle constitue une anomalie, du moins pour qui voit dans la prescription, comme nous l'avons fait, un mode de preuve de la propriété : on ne s'explique plus alors qu'un possesseur se trouve dans une situation plus ou moins difficile, quant à la preuve, selon qu'il a en face de lui telle ou telle personne, un mineur ou un majeur notamment : admettre des causes de suspension en matière d'usucapion, c'est, en définitive, traiter cette dernière comme une prescription

extinctive, car c'est prendre en considération la personnalité de celui qu'elle tend à dépouiller; c'est aborder le problème par son petit côté, le côté individuel et négatif, pour négliger le rôle social et positif de l'usucapion, instrument de preuve et de consolidation de la propriété. C'est aussi éterniser la durée de la prescription dont le cours va se trouver suspendu peut-être pendant de longues années, ce qui contribuera encore à rendre plus difficile et plus incertaine la preuve de la propriété immobilière.

Les précédents. — Il appartient donc au législateur de faire sa part au concept de la suspension de la prescription; pour les raisons précédemment indiquées, les causes de suspension doivent être soigneusement et strictement limitées.

Tel n'était pas le système de notre ancien droit : notre ancienne jurisprudence considérait la prescription comme suspendue toutes les fois que celui contre qui elle courait se trouvait, pour une raison ou pour une autre, dans l'impossibilité de l'interrompre, doctrine que l'on formulait dans les termes suivants : « *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* » C'était, par là même, laisser au juge un souverain pouvoir d'appréciation dont il fut fait abus bien souvent, au détriment de la prescription acquisitive dont le cours se trouvait suspendu sous des prétextes variés et parfois pendant de très longues périodes, une cause de retardement succédant à une autre.

Le Code civil. — Une réaction était nécessaire que les rédacteurs du Code civil tentèrent d'effectuer en proclamant, dans l'article 2251, que « *la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi* ». Le principe est donc que la prescription suit son cours sans arrêt et sans retard; les causes de suspension sont exceptionnelles et doivent être visées par un texte de loi.

La jurisprudence. — Seulement, il est arrivé que la jurisprudence, au mépris de la formule précise et tranchante de l'article 2251, en est revenue, ou peu s'en faut, à l'ancien état de choses que le législateur de 1804 avait eu la volonté d'abolir; elle a retrouvé la maxime traditionnelle « *contra non valentem agere...* »; elle l'a ressuscitée contre le gré des rédacteurs du Code civil dont l'œuvre, sur ce point, est demeurée à peu près lettre morte.

1587. — Il faut donc distinguer :

1° Les causes de suspension établies par la *loi*;

2° Celles qui sont admises par la jurisprudence en *dehors de toute disposition légale.*

1588. A. **Causes de suspension établies par la loi.** — Aux termes de la loi, la prescription est suspendue au profit des *mineurs*, des *interdits*, *parfois* aussi au profit des *femmes mariées*; enfin, elle ne court pas entre *époux*.

1° Les *mineurs*, article 2252; la prescription est suspendue en leur faveur, *fussent-ils émancipés*. Le mérite de cette faveur est très discutable; sans doute, le mineur n'est pas en état de défendre ses intérêts, du moins tant qu'il n'est pas émancipé; mais il a un représentant, administrateur légal ou tuteur, qui a la possibilité et le devoir de veiller sur lesdits intérêts et à qui l'on pourrait s'en remettre du soin d'interrompre la prescription. Cette première cause de suspension serait donc à supprimer purement et simplement;

2° Les *interdits* (art. 2252), du moins les interdits *judiciaires*, à l'exclusion des condamnés en état d'interdiction *légale* : un criminel ne saurait prétendre à cette faveur qu'est la suspension de la prescription; faveur injustifiée, d'ailleurs, même pour l'interdit judiciaire, puisque cet incapable a un tuteur qui le représente dans les actes de la vie civile et qui est qualifié pour interrompre la prescription menaçante. Donc, encore une cause de suspension à supprimer de nos lois.

Au moins faut-il, dès maintenant, refuser le bénéfice de la suspension et aux aliénés non interdits, fussent-ils internés (Req., 31 déc. 1866, *S.*, 1867, 1, 153, *D. P.*, 1867, 1, 350) et aux faibles d'esprit ou aux prodigues qui sont pourvus d'un conseil judiciaire (Req., 6 juin 1860, *S.*, 1860, 1, 593, *D. P.*, 1860, 1, 339);

1589. — 3° *Les femmes mariées.* — *En principe*, la prescription n'est nullement suspendue en leur faveur (art. 2254); si, d'après le régime matrimonial adopté, l'immeuble est administré par le mari, c'est à celui-ci qu'incombe le soin d'interrompre l'usucapion menaçante; en n'en faisant rien, il engage sa responsabilité (même texte).

1590. Exceptionnellement, la prescription ne court point lorsqu'un immeuble appartient à une femme mariée; la loi prévoit, dans cet ordre d'idées, *trois cas* de suspension, l'un qui est *général*, qui est indépendant du régime matrimonial, un autre qui vise le *régime dotal*, un troisième qui suppose un régime de *communauté*.

a) *Exception d'ordre général.* — *Sous tous les régimes matrimoniaux*, la prescription est suspendue au profit de la femme *du moment que son action réfléchirait contre le mari* (art. 2256 — 2°). Le texte cite comme exemple le cas où

le mari a vendu indûment l'immeuble de la femme, donc l'immeuble d'autrui; l'acheteur n'est pas devenu propriétaire, puisqu'il a traité avec un *non dominus*; mais, ayant été mis en possession, il commence une prescription. Cette prescription, la femme pourrait l'interrompre; mais, si elle s'en avisait, l'acheteur exercerait aussitôt un recours en garantie contre son vendeur, le mari, en sorte que l'action de la femme réfléchirait contre celui-ci. Pour éviter cette extrémité, le Code civil décide que la prescription ne court point contre la femme qui pourra donc, sans danger, demeurer dans l'expectative;

b) *Sous le régime dotal*, les actions qui appartiennent à la femme pour la reprise de sa dot ne se prescrivent pas pendant le mariage (art. 2255) : on veut qu'elle conserve sa dot quoi qu'il advienne;

c) *Sous les régimes de communauté*, les actions qui dépendent du parti que la femme prendra, lors de la dissolution de la communauté — acceptation ou répudiation — ne se prescrivent pas aussi longtemps que dure, non pas le mariage, comme il est dit inexactement dans l'article 2256 — 1°, mais le régime de communauté : si, par exemple, un immeuble faisant partie du fonds commun est en la possession d'un tiers, on ne peut pas reprocher à la femme de ne pas interrompre la prescription, car elle n'aura de droits à faire valoir sur ledit immeuble qu'autant qu'elle acceptera, le moment venu, la communauté; on réserve la décision en suspendant l'usucapion.

1591. — 4° *Prescription entre époux.* — Aux termes de l'article 2253, *la prescription ne court point entre époux*. Si donc le mari est en possession d'un immeuble appartenant à sa femme ou inversement, la prescription n'est point mise en œuvre. Pourquoi en est-il ainsi?

a) Parce qu'il serait dur de mettre l'époux menacé par une prescription dans l'obligation de l'interrompre en adressant à son conjoint une citation en justice : la paix du ménage en serait compromise;

b) Parce qu'il ne faut pas que les époux puissent tourner la règle d'après laquelle les donations entre vifs qu'ils se consentent entre eux sont révocables *ad nutum*; la prescription, si elle eût couru entre eux, leur fournirait le moyen d'éluder ce principe; l'époux donataire, après trente années de possession du bien donné, aurait échappé à toute perspective de révocation.

1592. B. Causes de suspension d'origine jurisprudentielle. — Dans le système qu'elle a édifié, notre jurisprudence n'est pas allée jusqu'à admettre la suspension dans le cas où un texte de loi l'exclut, *formellement* ou *implicitement*.

1° *Formellement* : *a)* Aux termes de l'art. 2258 — 2°, la prescription court *contre une succession vacante*, quoique non pourvue du curateur; — *b)* Elle court également *contre la succession bénéficiaire* (art. 2259);

2° *Implicitement*. L'art. 2258, § 1, décide que la prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire, *à l'égard des créances qu'il a contre la succession*, c'est-à-dire pour ce qui est de la *prescription extinctive*. On conclut de là, très sûrement et par application du principe écrit dans l'art. 2251, que la *prescription acquisitive* court contre ledit héritier bénéficiaire : l'argument *a contrario* est excellent, puisqu'il ramène au droit commun de l'article 2251 : pas de cause de suspension sans un texte l'établissant.

1593. Œuvre extensive réalisée par la jurisprudence. — La jurisprudence moderne, et notamment celle de la Cour de cassation, renouant une tradition que le législateur de 1804 avait entendu abroger par la formule impérative de l'art. 2251, fait revivre l'antique maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio* en consacrant des causes de suspension non prévues par les textes :

1° La *force majeure*. La prescription est suspendue lorsque celui contre qui elle courait a été empêché, par un *cas de force majeure*, de l'interrompre.

Ce chef correspond à différentes catégories d'événements, entre autres à la *guerre* ou à *l'invasion* et à *l'ignorance de l'existence du droit qui se trouve en péril*;

a) *La guerre, l'invasion*. Cette cause de suspension ne présente pas l'intérêt pratique que l'on pourrait supposer, car, dans le droit récent, des dispositions spéciales ont été prises pour parer aux situations exceptionnelles nées de ces événements exceptionnels : les pouvoirs publics suspendent toutes les prescriptions en matière civile, commerciale ou administrative pendant la durée de la mobilisation et jusqu'à la cessation des hostilités (L. 5 août 1914, art. 2; D. 10 août 1924, art. 1 et 2; L. 4 juill. 1915, art. 2 et 3; L. 23 oct. 1919, art. 1er). Ces textes enlèvent à la jurisprudence à peu près tout son intérêt pratique en même temps qu'ils en constituent la condamnation : si la guerre et l'invasion suspendaient de droit la prescription (*Sic*. Req. 5 août 1817, S. chr., 9 avril 1918, *id.*), pas ne serait besoin de prendre des dispo-

sitions temporaires et spéciales pour aboutir à un résultat déjà obtenu.

1594. — b) *L'ignorance de l'existence du droit qui se trouve en péril.* — A maintes reprises, il a été jugé que cette ignorance valait force majeure et que la prescription ne courait pas contre un propriétaire sans le savoir (Req. 27 mai 1857, *motifs*, D. P. 1857, 1, 290; Civ. 20 janv. 1880, *D. P.* 1880, 1, 65, *S.* 1881, 1, 201; Besançon, 20 mai 1891, *D. P.* 1894, 1, 180). Dans cette conception, la prescription perd la plus grande partie de son domaine d'application, car il est évident que, dans la plupart des cas, si un propriétaire n'interrompt pas la prescription, c'est parce qu'il en est empêché, pour une raison ou pour une autre, par exemple à cause de son ignorance.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle esquissé, sur ce point, un mouvement de retraite : la Chambre des requêtes a formellement décidé que l'ignorance du propriétaire ne vaut pas force majeure et qu'elle ne suspend donc point la prescription (Req. 11 juin 1918, *S.* 1922, 1, 217, note Naquet); mais elle n'en maintient pas moins le principe que le cas de force majeure est suspensif et que *contra non valentem agere non currit præscriptio*; elle continue à faire prévaloir l'intérêt particulier d'un propriétaire à l'encontre de l'intérêt général qui veut que la propriété soit prouvée et consolidée par la prescription.

1595. — 2° *Propriété affectée d'une condition suspensive ou d'un terme.* — Une jurisprudence constante décide que l'usucapion ne court pas contre un propriétaire dont le droit est affecté d'une *modalité suspensive*, terme ou condition (Civ. 9 juill. 1879, *S.* 1879, 1, 464, *D. P.* 1879, 1, 343; Req. 30 déc. 1879, *D. P.* 1880, 1, 338, *S.* 1880, 1, 64. — *Contra*, Bordeaux, 16 juin 1936, *D. H.* 1936, 500).

Cette jurisprudence est tout particulièrement critiquable :

a) Le propriétaire conditionnel ou à terme n'est pas empêché d'agir; il peut procéder à des actes conservatoires, exiger du possesseur la reconnaissance, même judiciaire, de son droit. La règle *contra non valentem*... est donc ici sans objet;

b) L'art. 2257 décide que la prescription ne court pas, à l'égard d'une *créance* conditionnelle jusqu'à l'arrivée de la condition, à l'égard d'une *créance* à terme jusqu'au jour de l'échéance. Cette disposition, écrite pour les *créances*, ne saurait valoir pour les *droits réels*, notamment pour la propriété. L'argumentation *a contrario* est imposée par la règle

restrictive de l'art. 2251 : pas de cause de suspension sans texte. Il est vrai que l'on prétend rattacher les solutions contenues dans l'art. 2257 à une vieille règle d'après laquelle un droit qui n'est pas encore né ne saurait se prescrire : *actioni non natæ non præscribitur* (Maurice PICARD, n° 696) ; mais, outre que cette explication est sans valeur pour les droits affectés d'un simple terme, il faut observer, d'abord qu'un droit conditionnel n'est pas dénué de toute existence (*Sup.* n^os^ 109 et 111), puisque, nous venons de le rappeler, son titulaire peut procéder à des actes conservatoires et puisque la condition se réalise rétroactivement; et ensuite que les rédacteurs du Code civil ont rattaché sans aucun doute l'imprescriptibilité des créances conditionnelles ou à terme à la théorie de la suspension de la prescription; pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à la rubrique de la section II dans laquelle figure l'art. 2257 : « *Des causes qui suspendent le cours de la prescription.* » C'est donc bien de suspension qu'il s'agit ici, et c'est une *cause de suspension sans texte*, on peut dire à l'encontre d'un texte, que la jurisprudence consacre lorsqu'elle soustrait à la prescription la propriété affectée d'une condition suspensive.

1596. Droits éventuels : leur imprescriptibilité. — A la différence d'une propriété sous condition suspensive ou à terme suspensif, un droit de propriété purement éventuel ne saurait comporter la prescription : par hypothèse, un de ses éléments essentiels est encore à l'état virtuel; il ne représente lui-même qu'une virtualité, une possibilité de droit. On n'imagine pas que les droits qui résulteront, pour les futurs époux, du contrat de mariage, se prescrivent, avant même que le mariage n'ait été célébré; car ils ne naîtront, et *sans rétroactivité*, que « *si nuptiæ sequantur* » (V. Maurice PICARD, n° 698; *sup.* n° 113).

1597. Jonction des possessions. — Avec les causes de suspension admises tant par la loi que par la jurisprudence, il arrive rarement qu'une prescription ne soit pas retardée par un événement survenu pendant son cours; ce n'est pas souvent que, pendant une période de trente années, un immeuble n'appartiendra ni à un mineur, ni à un interdit, ni à une femme mariée, ni à un propriétaire conditionnel ou ignorant l'existence de son droit ou se trouvant à même d'invoquer un autre cas de force majeure. De là le grand intérêt qu'il y a à constater que la loi n'exige nullement que la possession, pendant toute son étendue, soit personnelle à celui qui se prévaut aujourd'hui de l'usucapion, mais

qu'elle admet au contraire la *jonction des possessions*, de possesseur à possesseur. Aux termes de l'art. 2235, « *pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux* ».

1598. Condition exigée. — Une seule condition est exigée par ce texte pour que se réalise cette addition des possessions successives : il faut que le possesseur actuel soit l'*ayant cause* de celui ou de ceux dont il prétend joindre les possessions à la sienne; le revendiquant qui obtient gain de cause ne saurait utiliser, vis-à-vis d'une tierce personne, la possession de son adversaire condamné, car ce n'est point de lui qu'il tient ses droits; tout au contraire, il en a obtenu la reconnaissance contre lui.

Cette unique condition satisfaite, les possessions s'ajoutent les unes aux autres, quel que soit le procédé par lequel l'ayant cause a succédé à son auteur, qu'il tienne de lui ses droits d'un titre gratuit ou d'un titre onéreux, d'un titre universel ou d'un titre particulier.

1599. Ayant cause à titre universel et ayant cause à titre particulier : *successio in possessionem* et *jonction des possessions proprement dite.* — Bien que l'art. 2235 semble assimiler, quant à la jonction des possessions, le successeur à titre universel et l'ayant cause à titre particulier, une distinction s'impose, conformément à la raison et à la tradition, entre ces deux catégories :

1° Si le possesseur actuel est un *ayant cause à titre universel*, et, par exemple, un héritier, il peut bien ajouter à sa possession celle du défunt auquel il a succédé; mais, à vrai dire, ce n'est pas alors d'une *jonction* qu'il s'agit; c'est la situation antérieure qui se continue et qui se prolonge; il y a, non pas *addition* mais *unité* de possession; il y a *suc*- l'héritier est le continuateur du défunt; il devient propriétaire, créancier, *possesseur*, après lui, en ses lieu et place; *cessio in possessionem*; la prescription se poursuivra, au profit de l'héritier, du moment qu'elle s'accomplissait précédemment en faveur de son auteur; la possession demeure qualifiée *par son origine*, réserve faite cependant des vices personnels et réparables qui peuvent surgir ou disparaître pendant sa durée : violence et clandestinité notamment;

2° Le possesseur actuel est un *ayant cause à titre particulier*, par exemple un *acheteur*. Ici encore, les deux possessions peuvent s'unir, mais avec cette différence qu'il y aura

véritablement *jonction*, *addition* de deux valeurs distinctes et susceptibles d'être différentes. L'ayant cause commence une *possession nouvelle* qui doit être appréciée séparément de la précédente. En conséquence :

a) Si la possession du vendeur n'était pas utile en vue de l'usucapion — elle était par exemple vicieuse ou précaire — l'acheteur ne pourra pas l'utiliser; mais il sera du moins à même de commencer une prescription, s'il réunit en sa personne les conditions requises; les vices originels ne lui seront pas reprochables;

b) Si le vendeur possédait utilement en vue de l'usucapion, il n'est pas du tout certain que l'acheteur soit dans une situation également favorable : non seulement sa possession personnelle est peut-être infectée de certains vices, mais encore il arrive qu'elle soit de mauvaise foi, et cette circonstance influe sur la durée de l'usucapion.

Les deux possessions successives s'apprécient donc isolément, et c'est seulement si l'une et l'autre sont utiles *ad usucapionem* que la soudure s'effectuera, que la jonction se réalisera.

II. **Effets produits par l'usucapion accomplie**

1600. Effets essentiels. — Lorsque l'usucapion est accomplie, le possesseur est présumé propriétaire : cette présomption légale est absolue, par application de l'art. 1352, § 2, puisque c'est sur son fondement que la loi dénie, contre le possesseur qui a prescrit, l'action en revendication.

Comme nous en avons fait précédemment la remarque, la prescription devient véritablement *acquisitive* dans les cas rares où elle fonctionne au profit d'un *non dominus*; c'est cette fonction *exceptionnelle* que le législateur a eu en vue lorsque, dans les articles 712 et 2219, il a rangé l'usucapion parmi les modes d'acquérir la propriété.

1601. — Lorsque le possesseur était muni d'un titre, celui-ci n'est d'ailleurs nullement destitué de ses effets par la prescription accomplie; ayant cause d'un auteur déterminé, il conserve cette qualité; *la prescription n'opère pas novation du titre du possesseur*. En conséquence :

1° Ce possesseur reste tenu, vis-à-vis de son auteur, des obligations qui lui incombaient précédemment : s'il est acheteur, il demeure débiteur du prix, à supposer du moins que la prescription *extinctive* n'ait pas accompli son œuvre, laquelle est distincte de celle qui a été réalisée par l'usucapion;

2° Si l'immeuble était grevé de droits réels, ceux-ci subsistent en dépit de la prescription acquisitive qui n'a agi que sur la propriété, non sur les charges auxquelles elle pouvait servir de support : hypothèques, servitudes, usufruit. Sans doute, le possesseur du fonds peut prescrire également à l'encontre de ces charges, mais c'est alors par une prescription distincte de celle qui concerne la propriété et qui se poursuit indépendamment de celle-ci, suivant des règles propres qui peuvent aboutir à des résultats différents; il est facile de supposer, par exemple, que l'une des deux prescriptions a été suspendue ou interrompue alors que l'autre suivait son cours normal. Pour la prescription de l'usufruit, voy. *Inf.* n^os^ 1938 et 1939; pour celle des servitudes, *Inf.* n^os^ 2016 et suiv.; pour celle de l'hypothèque, l'art. 2180.

En un mot, *ce n'est pas une propriété neuve* que la prescription assure au possesseur, mais une propriété conditionnée par les actes juridiques intervenus antérieurement à son occasion : *et ceci cadre parfaitement bien avec la fonction probatoire que nous avons assignée à cette institution.*

1602. Rétroactivité de l'usucapion. — Lorsque l'usucapion est accomplie, le possesseur est réputé propriétaire, non pas seulement à compter du jour de l'échéance du délai, mais bien dès le jour où la prescription a commencé à courir, soit avec une rétroactivité de trente années au minimum, d'une plus longue étendue si une cause de suspension était venue retarder le cours des événements. L'exactitude de cette solution ressort, sans contestation possible, de deux textes relatifs aux régimes matrimoniaux, les art. 1402 et 1561, § 1; d'après le premier de ces textes, notamment, l'époux qui possédait un immeuble lors de la célébration du mariage et qui en achève la prescription au cours du mariage, est considéré comme ayant eu la propriété dès avant le mariage et conserve donc, à titre de propre, un bien qui, sans cette vertu rétroactive de l'usucapion, entrerait dans la masse commune comme ayant été acquis au cours du mariage.

La rétroactivité de l'usucapion produit d'autres conséquences que celles qui se trouvent consacrées dans les articles 1402 et 1561 :

1° Les fruits perçus par le possesseur lui seront définitivement acquis, les eût-il recueillis étant de mauvaise foi; car, ce n'est pas en tant que possesseur qu'il les conservera; c'est en tant que propriétaire, grâce à la règle de la rétroactivité;

2° Les droits réels concédés sur l'immeuble par le posses-

seur au cours de la prescription sont rétroactivement validés, comme émanant du véritable propriétaire, tandis qu'à l'inverse ceux qui auraient été établis, à la même époque, par son contradicteur, tombent d'eux-mêmes, et ne sont pas opposables au vainqueur.

Nous avons déjà signalé que cette rétroactivité de l'usucapion, qui cadre parfaitement avec le concept probatoire, s'explique au contraire malaisément dans l'hypothèse d'une prescription vraiment acquisitive (*Sup.* n° 1569).

1603. Caractère facultatif de la prescription : il faut qu'elle soit opposée. — Nous rencontrons une règle qui constitue un nouvel argument en faveur du caractère probatoire de l'usucapion, présomption légale de propriété, — à savoir que *la prescription n'opère pas de plein droit* : aux termes de l'art. 2223, « *les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* »; il faut donc que celle-ci soit invoquée, et par des conclusions formelles, des *conclusions écrites* prises devant le tribunal; il ne suffirait pas qu'elle fût opposée oralement, à la barre, par l'avocat de l'intéressé : c'est qu'il peut être délicat, parfois, de faire état de la prescription; il y a là une question de conscience dont le législateur a voulu que la solution appartînt exclusivement aux intéressés.

1604. Conditions dans lesquelles la prescription peut être opposée.

1° La prescription peut être opposée en tout état de cause et même, *pour la première fois*, en appel, aussi longtemps que les débats ne sont pas clos (art. 2224); mais non pas pour la première fois devant la Cour de cassation, laquelle juge, non pas le procès, mais la décision qui lui est déférée; or, par hypothèse, cette décision n'a pas violé la loi, puisqu'il ne dépendait pas des juges de suppléer d'office le moyen tiré de la prescription;

2° Ce n'est pas seulement le possesseur qui est à même d'opposer la prescription, ce sont aussi ses *créanciers* qui interviendront à cet effet dans l'instance et qui se réclameront de la faculté générale qui leur appartient d'exercer les droits et actions de leur débiteur (art. 1166); l'art. 2225 fait application de ce principe précisément à la prescription, et non sans utilité, car, s'il n'existait pas, on aurait pu soutenir que le droit d'opposer la prescription figure au nombre des prérogatives qui, étant exclusivement attachées à la personne, ne sauraient être exercées par les créanciers (art. 1166 *in fine*).

1605. Renonciation à la prescription. — L'art. 2220 pose deux règles complémentaires : « *On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription; on peut renoncer à la prescription acquise.* »

1° La défense de renoncer, d'avance, à la prescription, n'a guère de sens pratique en matière d'usucapion; d'autre part, il est certain que le possesseur peut toujours reconnaître le droit d'autrui; en ce faisant, il ne renonce pas, à vrai dire, à la prescription, mais il en interrompt le cours, et définitivement, ce qui est assurément légitime (*Sup.* n^os^ 1583 et 1584).

La convention qui, d'aventure, méconnaîtrait la disposition impérative de l'article 2220, serait contraire à l'ordre public et, comme telle, atteinte d'une nullité absolue (art. 6);

2° En revanche, il est permis de renoncer à la prescription une fois qu'elle est accomplie; ce n'est que l'application d'un principe général d'après lequel nous pouvons renoncer à tout droit acquis.

Cette renonciation, de nature *abdicative*, du moins si elle intervient avant que la prescription n'ait été admise et consacrée par un jugement passé en force de chose jugée, n'est soumise à aucune condition de forme : *expresse* ou *tacite*, *conventionnelle* ou *unilatérale*, elle est également valable et efficiente. Comme le souligne l'article 2221, « *la renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis* »; question d'interprétation qui sera résolue par le juge du fait, sans contrôle possible de la part de la Cour de cassation (Civ. 1^er^ mars 1905, *S.* 1905, 1, 527). Exemples : le possesseur, qui a prescrit, accepte de prendre l'immeuble à bail ou se fait consentir sur lui un droit réel.

1606. Capacité. Nature juridique de la renonciation. — Une telle renonciation, expresse ou tacite, suppose chez qui la consent, la capacité ou le pouvoir d'aliéner l'immeuble en cause (art. 2222); solution qui n'est peut-être pas d'une logique absolue : du moment que la prescription n'est pas acquise *de plano* et qu'elle doit être opposée par son bénéficiaire, celui-ci, lorsqu'il y renonce, se dessaisit, non pas de l'immeuble même, mais seulement du droit d'opposer la prescription, ce qui n'est pas tout à fait la même chose; on en conclut : 1° que la renonciation n'est pas sujette à transcription; 2° qu'elle ne donne pas lieu à la perception d'un droit de mutation; 3° qu'elle ne constitue pas nécessairement une libéralité, même quant au fond (Req. 26 mars 1845, *D. P.* 1846, 1, 374).

1607. La renonciation et les droits des créanciers du renonçant. — La renonciation consentie par le possesseur est définitive et irrévocable, quant à lui tout au moins.

Mais il en va autrement de ses créanciers qui, si la renonciation est frauduleuse, si elle a été consentie par un débiteur insolvable en fraude de leurs droits, sont fondés à en demander et à en obtenir la révocation, en application d'un principe général et au moyen de l'action dite *paulienne* (art. 1167).

On enseigne généralement que cette application est consacrée par le Code civil dans l'article 2225 qui permet aux créanciers ou à tous autres intéressés d'opposer la prescription « *encore que le... propriétaire y renonce* ». A notre avis, cette formule vise, en réalité, non pas le cas où le possesseur a *renoncé* à la prescription, mais celui où il *néglige* de l'opposer; il évoque donc, non l'action paulienne, mais l'action oblique; sa contexture grammaticale suffirait à le démontrer; si le législateur avait entendu faire allusion à une renonciation déjà effectuée, il eût dit : « encore que le propriétaire y *ait renoncé* »; il aurait parlé au passé, non au présent; d'ailleurs, le texte est inspiré d'une phrase d'un de nos anciens auteurs, Dunod de Charnage, qui avait en vue l'inertie du possesseur et non sa renonciation : « Si celui qui a prescrit *négligeait* de s'en prévaloir... »

On saisira plus tard l'intérêt de cette controverse lorsqu'on étudiera les conditions requises pour le succès de l'action paulienne (*inf.*, t. II, n° 685).

1608. Conclusions sur la preuve de la propriété immobilière. — Les développements qui précèdent nous conduisent aux conclusions suivantes :

1° La propriété ne comporte pas une preuve absolue et péremptoire; force est bien au législateur de se contenter d'une *preuve juridique*, réalisée à l'aide de procédés techniques, variables avec les pays, ici l'*inscription sur un livre foncier*, dans notre droit français actuel la *prescription*;

2° Cette preuve juridique s'administre au moyen d'une sorte de *calcul des probabilités*, et, principalement, à l'aide de la possession, considérée comme l'extériorisation, la visibilité de la propriété; le problème est ainsi transposé sur un terrain qui en rendra l'examen et la solution plus aisés, parce que moins mouvant, plus solide et mieux délimité;

3° La preuve ainsi obtenue n'est jamais qu'une *preuve relative*; des deux adversaires en présence celui-là l'emporte qui dispose de la preuve la plus forte et qui, pour ainsi dire, a dans son jeu les meilleures cartes; mais rien ne dit qu'il

n'aurait pas lui-même succombé s'il avait eu affaire à un lutteur mieux armé; c'est son titre, un acte de vente par exemple, qui lui a assuré la victoire; mais ce titre lui-même aurait été impuissant contre une prescription réalisée; il a été jugé que telle personne était propriétaire *contre telle autre*; peut-être n'eût-elle pu bénéficier du même verdict favorable si elle s'était trouvée en présence de tel autre compétiteur (Voy. la thèse de M. Emm. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*).

Ainsi nous apparaît une nouvelle manifestation du *relativisme* des droits, et du droit de propriété, prétendument le plus absolu de tous : relatif dans son exercice, dans sa réalisation, il l'est aussi dans sa preuve, puisque les procédés employés dégagent, non pas une certitude, mais seulement les probabilités les plus fortes et les meilleures (Maurice Picard, n° 363).

§ III. — RÉSULTATS DE LA REVENDICATION IMMOBILIÈRE

1609. Position du problème. — Le demandeur en revendication a fait la preuve de son droit meilleur; le tribunal lui donne gain de cause et ordonne au défendeur de restituer. Sur quoi, au juste, porteront les restitutions? Sur l'*immeuble même* qui avait été justement revendiqué; mais aussi, sans doute, sur d'autres objets, sur des accessoires de la chose principale; d'autre part, et à l'inverse, le revendiquant qui triomphe peut être tenu à certaines prestations envers son adversaire malheureux; un *règlement de compte* intervient ainsi entre les deux intéressés.

1610. I. Prestations accessoires dues au revendiquant par le possesseur évincé. — L'étendue de ces prestations varie essentiellement selon que le possesseur évincé était de *bonne foi* ou de *mauvaise foi*. Nous le constaterons en nous occupant successivement : 1° des *fruits* et *produits* de la chose; 2° des *indemnités* auxquelles le propriétaire triomphant peut prétendre à l'occasion.

A. *Fruits et produits.* — 1° Les *produits* doivent, dans tous les cas, être restitués avec l'immeuble même;

2° Les *fruits* ne sont dus que par le possesseur de mauvaise foi; on sait, en effet, que le possesseur de bonne foi les acquiert par la perception, du moins jusqu'à la demande en justice (*sup.*, n° 1405 et suiv.).

Il y a lieu d'observer : 1° que le possesseur, lorsqu'il doit restituer les fruits, est comptable non seulement de ceux qu'il

a perçus, mais aussi de ceux qu'il aurait négligé de percevoir; 2° que le propriétaire ne peut prétendre qu'au *montant net* des fruits, déduction faite des dépenses que le possesseur a dû exposer pour les obtenir (frais de labour, de travaux, de semences, etc., art. 548).

1611. B. *Indemnités.* — Elles peuvent avoir leur source dans des *détériorations* commises par le possesseur, ou encore dans des *aliénations* qu'il aurait consenties en ce qui concerne des objets mobiliers, accessoires à l'immeuble revendiqué. A cette double occasion réapparaît la distinction entre la bonne et la mauvaise foi : tandis que le *possesseur de mauvaise foi* répond de toutes les *détériorations*, fussent-elles indépendantes de sa faute et de son fait (arg. art. 1379) et réserve faite seulement de l'hypothèse où elles se fussent aussi bien produites sous la garde du propriétaire (arg. art. 1302, § 2); tandis qu'au cas d'*aliénation*, il doit restituer la *valeur intégrale* des biens dont il a disposé et quand bien même il les aurait vendus pour un prix inférieur à leur valeur effective, quand bien même il les aurait donnés, le *possesseur de bonne foi* est traité avec les égards que mérite sa croyance en son bon droit : d'une part, il ne répond aucunement, du moins jusqu'à la demande en justice, des *détériorations* survenues à la chose et même si elles proviennent de son fait : « *qui quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est* »; d'autre part, s'il a *aliéné* des objets accessoires à l'immeuble revendiqué, on le tient quitte s'il restitue le montant du prix qu'il a touché, ce qui revient à dire qu'au cas d'aliénation à titre gratuit, il est dispensé de toute restitution.

Ces différentes solutions sont étayées soit sur des textes, soit surtout sur des considérations d'équité et sur une tradition qui remonte au droit romain. La même remarque s'applique à la théorie des impenses à laquelle nous arrivons maintenant.

1612. II. **Prestations dues au possesseur évincé. Théorie des impenses.** — Au cours de sa possession, le défendeur évincé a pu effectuer des travaux sur l'immeuble, il a fait des dépenses, des *impenses* : ne doit-il pas en être remboursé, totalement ou en partie? La *théorie dite des impenses* que nous rencontrons à cette place n'a reçu, dans aucun texte, un commencement de systématisation; avec elle, nous sommes en plein *droit coutumier*.

Traditionnellement, on distingue les impenses en *nécessaires*, *utiles* et *voluptuaires*.

1° Les *impenses nécessaires* sont celles qui ont assuré la conservation même de l'immeuble et en l'absence desquelles la chose eût péri ou eût certainement diminué de valeur : tels les travaux de consolidation d'un mur, d'une maison qui menacent ruine. Le possesseur a droit à la *restitution intégrale* des impenses de ce genre;

2° Les *impenses utiles* sont celles qu'on aurait pu se dispenser de faire mais qui se sont traduites par une plus-value de l'immeuble; ce sont des *impenses d'amélioration*, comme celles qui sont engagées pour l'agrandissement d'une maison ou pour la mise en valeur d'un domaine. La restitution en est due au possesseur, mais seulement *jusqu'à concurrence de la plus-value* existante lors du règlement de compte;

3° Les *impenses voluptuaires* sont des dépenses d'agrément effectuées en vue de satisfaire le goût personnel de celui qui les consent : ce sont les mille enjolivements qu'une demeure, qu'un parc sont susceptibles de recevoir sans qu'il en résulte pour eux une plus-value marchande et certaine. Aussi le possesseur ne peut-il prétendre, de ce chef, à *aucune restitution*; on lui reconnaît seulement le droit d'enlever les objets apposés sur le fonds, pourvu qu'il n'en résulte aucune dégradation (arg. art. 599, § 3).

1613. Remarques importantes sur la théorie des impenses. — Il faut observer :

1° Que la théorie des impenses ne comporte aucune distinction tirée de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur; ou plutôt c'est en faveur du possesseur de mauvaise foi que la distinction doit être établie; car celui-ci pourra réclamer qu'on lui tienne compte des *impenses d'entretien*, lesquelles sont charge des *fruits* dont le remboursement lui est précisément imposé; le possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens, qui conserve les revenus perçus, ne saurait émettre une telle prétention (arg. art. 548) : si, par exemple, il a fait ravaler la façade d'une maison, il ne pourra demander à rentrer dans ses débours.

Tout cela revient à dire, en somme, que les dépenses d'entretien ne rentrent pas dans le cadre de la théorie générale des impenses et qu'elles obéissent à des règles qui leur sont propres;

2° Il en faut dire autant des dépenses effectuées pour la construction d'édifices neufs, lesquelles sont l'objet d'une réglementation spéciale dans l'article 555 (*inf.*, n^os^ 1662 et suiv.) : la théorie des impenses régit, au contraire, entre autres dépenses, celles qui ont été faites sur des constructions déjà existantes.

1614. III. Règlement de compte. Droit de rétention. — Un règlement de compte intervient, sur les bases sus-indiquées, entre le propriétaire triomphant et le possesseur évincé : les sommes dont celui-ci peut être créancier viennent en déduction de celles dont il est redevable, et c'est seulement la différence qu'il doit acquitter en définitive.

Une question s'élève à l'occasion de ce règlement de compte : le possesseur n'est-il pas fondé à refuser de restituer l'immeuble lui-même aussi longtemps que le propriétaire ne lui offre pas le paiement des indemnités auxquelles il peut prétendre? N'est-il pas investi du *droit de rétention*? La question sera examinée plus loin, à l'occasion de ce droit (t. II, n° 1475) ; dès maintenant, il faut savoir que notre jurisprudence la résout par distinction : elle accorde le droit de rétention au possesseur de bonne foi; elle le refuse au possesseur de mauvaise foi.

Section II. — LA REVENDICATION DES MEUBLES

1615. Bibliographie. — Saleilles, *De la possession des meuble*, 1907; Tissier, *Traité de la prescription*, n^os^ 816 et suiv.; Maurice Picard, *Les biens*, n^os^ 367 et suiv., dans le *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert; thèses Ortlieb, Nancy, 1861; Jobbé-Duval, 1881; R. Poincaré, 1883; Bressoles, 1885 M. Colin, 1885.

1616. Généralités. — Tandis qu'*en matière immobilière*, la revendication possède un vaste domaine qui lui est assuré par une indépendance relative de la propriété vis-à-vis de la possession, *en matière mobilière*, les possibilités de cette action sont extrêmement resserrées par les affinités étroites qui se manifestent entre ces deux notions : dans bien des cas, posséder un meuble c'est aussi en avoir la propriété, et dès lors la revendication ne trouve plus à s'employer, puisqu'elle suppose qu'un propriétaire est dépourvu de la possession effective, de la maîtrise de sa chose. En matière mobilière, il arrive souvent que qui a la maîtrise a, du même coup, la propriété et se trouve donc ainsi à l'abri de la revendication; d'ailleurs, s'il vient à son tour à perdre la possession réelle du meuble, il se verra lui-même refuser la revendication, le nouveau possesseur étant devenu le nouveau propriétaire.

Cette sorte de *solidarisation* de la possession avec la propriété est consacrée, par l'article 2279, § 1, dans des termes traditionnels et devenus classiques : « *En fait de meubles, la possession vaut titre* », c'est-à-dire *titre de propriété*; le pos-

sesseur n'a pas à produire un titre pour prouver qu'il est propriétaire; ou plutôt, son titre c'est sa possession même; il peut dire : *je possède ce meuble, donc j'en suis le propriétaire; et, en cette qualité, j'échappe à toute revendication;* en sorte que la maxime de l'article 2279, § 1, conduit à cette autre règle qui n'en est que la reproduction sous une autre forme, la transposition : *on ne revendique pas les meubles.*

1617. Plan. — Mais ce n'est là qu'un principe qui, nous le verrons, comporte bien des exceptions.

Nous étudierons d'abord la règle : « *en fait de meubles la possession vaut titre* ».

Après quoi nous exposerons les *dérogations* qu'elle comporte, c'est-à-dire les cas dans lesquels on peut revendiquer un meuble.

Enfin, nous étudierons la législation spéciale aux *titres au porteur.*

§ I. — LE PRINCIPE : *EN FAIT DE MEUBLES LA POSSESSION VAUT TITRE* ; ou : *ON NE REVENDIQUE PAS LES MEUBLES*

1618. Plan. — Nous préciserons :

1° Le *sens* de la maxime;

2° Son *domaine* et ses *conditions d'application*;

3° Sa *signification* et sa *force juridiques.*

1619. I. Sens de la maxime. — On peut dégager ce sens tant de la *teneur* même de l'article 2279 que des *précédents historiques* et des *travaux préparatoires* du Code civil : en consultant ces différents points de repère, on arrive à la conclusion déjà formulée que possession vaut titre de propriété et qu'on ne revendique donc pas les meubles.

1° *La teneur de l'article 2279.* — Tandis que le premier alinéa formule la règle *en fait de meubles la possession vaut titre*, le deuxième paragraphe apporte, aussitôt une double dérogation « *néanmoins*, etc... ». Or cette dérogation consiste en ceci que la *revendication* est accordée au propriétaire victime d'une perte ou d'un vol; comme l'exception est toujours à l'opposé du principe auquel elle vient faire échec, il faut en conclure que ce principe consiste ici dans le *refus de la revendication* contre le possesseur d'un meuble. L'article 2279 doit donc être compris de la façon suivante : 1° en thèse générale, on ne revendique pas les meubles (1er al.);

2° par exception, la victime d'une perte ou d'un vol a l'action en revendication pendant un certain temps.

1620. 2° *Les précédents historiques.* — Ils viennent à l'appui de l'interprétation ci-dessus; *il est d'ailleurs indispensable de les connaître.*

Les *origines* de la maxime de l'article 2279 sont lointaines; elles se rattachent à la lutte qui s'engagea et se poursuivit, au cours des siècles, sur le problème de la protection de la propriété mobilière, entre le *droit romain* et le *droit germanique* : le premier qui, traitant les meubles comme les immeubles, admettait donc la revendication mobilière, par application de cette règle de logique : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet;* le second qui, refusant cette action au propriétaire, lui accordait seulement, soit, au cas de *dépossession volontaire*, une action contractuelle, s'il y avait lieu, contre le dépositaire ou l'emprunteur infidèles, soit, au cas de *dépossession involontaire* par suite de perte ou de vol, des *actions pénales* qui, à la différence de la précédente, pouvaient être intentées contre tout possesseur actuel, fût-il de bonne foi. C'était donc dans la première éventualité seulement, celle de dépossession volontaire, que le propriétaire se trouvait désarmé — sauf vis-à-vis de la personne avec laquelle il avait traité; et on traduisait cette situation déficitaire au moyen de l'adage « *meubles n'ont point de suite* », lequel faisait antithèse avec la règle d'une logique géométrique « *nemo plus juris in alium transferre potest...* » : le dépositaire ou l'emprunteur transférait à son ayant cause des droits qui ne lui appartenaient point, à lui simple possesseur précaire.

1621. — Jusque vers le XIII^e^ ou le XIV^e^ siècle, ce furent les principes du droit germanique qui s'appliquèrent dans notre ancienne France; puis, à cette époque, la revendication mobilière fit son apparition avec la renaissance du droit romain; dans le cours du XIV^e^ siècle, le mouvement est terminé; les idées germaniques sont refoulées par le concept du droit romain, et l'on ne dit donc plus que *meubles n'ont point de suite*; seulement, cette formule ne fut pas complètement abandonnée; on la transposa du domaine de la propriété dans celui du droit hypothécaire et en disant que « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ».

1622. — Cette victoire du droit romain sur les idées germaniques ne devait pas être définitive; le principe de l'assimilation des meubles aux immeubles, quant à la protection

de la propriété, et la concession de la revendication au propriétaire mobilier, satisfaisaient bien la logique juridique « *nemo plus juris in alium...* », mais non pas les nécessités du commerce, car ils entraînaient une insécurité fâcheuse dans les transactions juridiques, dans la vie de chaque jour. Celui qui traitait avec un *non dominus* n'acquérait pas la propriété et demeurait exposé à la revendication du véritable propriétaire. Or, il est bien difficile, lorsqu'on traite à l'occasion d'un meuble, de vérifier les droits de son auteur; les opérations mobilières ne sont généralement pas constatées par écrit; les meubles se transmettent, de vendeur à acheteur par exemple, très simplement, de la main à la main, sans que le transfert de propriété laisse de traces; en fait, l'acheteur d'un meuble ne dispose d'aucun moyen efficace pour vérifier la situation juridique de son auteur : et dès lors, il est injuste qu'il demeure exposé à la revendication de la part d'un tiers; l'équité exige que celui qui est entré en possession d'un meuble *dans des conditions normales*, ne puisse pas être inquiété; il le faut d'autant mieux que, n'ayant rien à se reprocher, il voit se dresser en face de lui un adversaire à qui, généralement, une faute sera imputable, par exemple un déposant, un prêteur, qui auront eu le tort de mal placer leur confiance en choisissant un dépositaire, un emprunteur assez peu délicats pour vendre le meuble qui leur avait été confié ou prêté; en refusant la revendication contre le possesseur, en l'espèce contre l'acheteur, on ne sacrifie pas les droits d'une personne irréprochable, mais on protège ceux d'un acquéreur normal et on assure la sécurité des transactions commerciales.

1623. — C'est sous l'inspiration de ces idées et de ces préoccupations qu'un nouveau revirement se produisit au cours du XVII[e] et du XVIII[e] siècle; avant le milieu de ce dernier siècle, il était pleinement réalisé; la revendication mobilière était écartée à nouveau, en principe tout au moins. Seulement, ce résultat était exprimé par une formule différente de l'ancienne; on n'utilise plus la devise : *meubles n'ont pas de suite*, laquelle, ayant définitivement changé de camp, régnait dans le domaine du droit hypothécaire; on dit qu'en fait de meubles *possession vaut titre*; cette formule se trouve dans le *Droit commun de la France* de Bourjon, publié en 1747, et l'auteur en attribue le mérite et la paternité à la jurisprudence du Châtelet de Paris : « Suivant la jurisprudence du Châtelet, écrit-il, la possession d'un meuble ne fût-elle que d'un jour, *vaut titre de propriété* »; et ce commentaire, aussi bien que les précédents, fait ressortir

lumineusement le sens de la maxime; comme le répète le même auteur : par rapport aux meubles « la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait »; ainsi l'exige, dit-il, la *sûreté du commerce*. Donc, posséder un meuble, c'est bien en être propriétaire; la possession équivaut à un titre de propriété, ce qui revient à dire, puisque possession et propriété se rejoignent, qu'on ne revendique pas les meubles.

1624. — 3° *Les travaux préparatoires du Code civil* viennent encore à l'appui de cette interprétation; Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs, observe qu'en matière mobilière on a regardé le seul fait de la possession comme un titre, car, ajoute-t-il, « on n'en a pas ordinairement d'autre pour les choses mobilières ».

1625. II. **Domaine et conditions d'application de la maxime.** — Le problème est double :

1° A quels biens s'applique la maxime?

2° Au profit de qui intervient-elle?

Nous avons ainsi à préciser le domaine *objectif*, puis le domaine *subjectif* de la règle *en fait de meubles la possession vaut titre*.

1626. A. **Domaine objectif de la maxime : A quels biens s'applique-t-elle?**

Principe. — La règle est faite pour les *meubles corporels*, et pour eux seuls; ce sont ceux dont la transmission, s'effectuant de la main à la main et sans écrit, ne laisse point de traces. Il faut donc *exclure* de son domaine :

1° *Tous les immeubles*, sans exception;

2° Les *meubles incorporels* : créances, effets de commerce, fonds de commerce (Civ. 26 janv. 1914, *S.*, 1920, 1, 27; *D. P.*, 1914, 1, 112), et autres universalités mobilières, telle une succession; tous biens pour lesquels la tradition manuelle, la remise de la main à la main est inconcevable, comme elle l'est également pour une propriété littéraire ou artistique : un manuscrit, en tant que chose, que bien corporel, se prête à l'application de la maxime, mais non le monopole d'exploitation qui existe à une occasion : le possesseur du manuscrit ne pourra pas le publier (Civ. 26 fév. 1919, *S.*, 1920, 1, 203; *D. P.*, 1923, 1, 215; Comp. trib. civ. Seine, 15 nov. 1927, et Paris, 6 mars 1931, *sup.*, n° 1525).

1627. Dérogations. — Elles existent dans un double sens : d'une part, il est des meubles corporels qui échappent

à l'application de la règle; à l'inverse, il est des meubles incorporels qui sont placés sous son égide.

1° *Meubles corporels qui échappent à la règle :*

a) Ce sont d'abord ceux qui répugnent à l'appropriation privée; ceux qui ressortissent au *domaine public*, tels les objets d'art d'un musée, les livres et les manuscrits des bibliothèques (Voy., au sujet d'un autographe de Molière, Paris, 3 janv. 1846, *D. P.*, 1846, 2, 212);

b) Ce sont aussi les meubles qui sont inaliénables; pas plus que pour les précédents, la possession ne vaut ici titre de propriété, puisque cette propriété est intransmissible. Exemple : les objets historiques classés (L. 31 mars 1913, art. 18 et 20);

c) Ce sont encore les meubles qui, bien que corporels, ne sont pas des corps certains, telles des espèces non individualisées, une somme d'argent (Req. 25 nov. 1929, *D. H.*, 1930, 3; Paris, 27 oct. 1933, *Gaz. Pal.* 1933, 2, 256);

d) Enfin et surtout, échappent à la règle les meubles corporels qui se transmettent, non de la main à la main, mais par des procédés obligatoires qui laissent des traces : rédaction d'un écrit, voire certaines formalités de publicité; en l'absence des formalités prescrites, nul possesseur ne saurait se prétendre propriétaire; la possession ne crée pas, en soi, un titre à la propriété d'un bien dont la transmission a été soigneusement réglementée par la loi. Il en va ainsi :

1. Des *navires* dont le transfert de propriété implique et la *rédaction d'un écrit* et une *mutation en douane* (C. com. art. 195);

2. Des *bateaux de navigation intérieure* dont le tonnage est d'au moins vingt tonnes : la loi du 5 juillet 1917 les soumet à l'*immatriculation* (art. 1er) et elle exige que les transferts soient rendus publics (art. 16);

3. Même réglementation pour les *aéronefs* (L. 31 mai 1924, art. 3 et art. 12).

1628. — 2° A l'inverse, il est des *biens incorporels* qui sont placés sous la protection de la maxime : *en fait de meubles...*, mais c'est parce qu'ils sont traditionnellement assimilés aux meubles corporels. Nous visons ici les *créances constatées par des titres au porteur*, c'est-à-dire par des titres qui ne mentionnent pas le nom du créancier et qui se transmettent donc, comme de véritables meubles corporels, de la main à la main; posséder l'écrit, l'*instrumentum*, c'est être créancier; la créance se transmet avec l'écrit qui la constate et dans lequel elle s'incorpore. La remarque est de toute importance, puisque la grande majorité des *valeurs de bourse*

ne sont autres que des *titres au porteur*; la règle de l'article 2279, § 1 leur est donc en principe applicable, sauf intervention d'une réglementation spéciale que nous exposerons bientôt (*inf.*, n° 1642).

En résumé : sont soumis à l'application de la maxime : *en fait de meubles...* les meubles qui, comportant la tradition réelle, se transmettent de la main à la main, abstraction faite de toute formalité destinée à en fixer la transmission.

1629. B. Domaine subjectif de la maxime : Au profit de qui fonctionne-t-elle? — Sur ce point, comme sur les autres, la maxime, d'une teneur si concise, ne peut être comprise et ne livre son secret qu'à la lueur de la tradition : il faut se rappeler surtout qu'elle est destinée à faire régner la *sûreté du commerce* (*sup.*, n° 1623) et à protéger celui qui est entré en possession d'un meuble dans des conditions normales.

Les conditions suivantes devront donc être satisfaites :

1° Seule est protégée la *possession véritable*, à titre de propriétaire, *animo domini*, à l'exclusion de la possession précaire ou simple détention; un emprunteur, un dépositaire, un mandataire, ne sauraient se réclamer de la maxime pour s'insurger contre le titre en vertu duquel ils détiennent un meuble; le prêteur, le déposant, le mandant, pourront donc exercer contre eux la revendication qui, si elle leur impose la preuve de leur droit de propriété, présente du moins sur les actions nées du prêt, du dépôt, du mandat, l'avantage de comporter, de réaliser le droit de préférence, attributs des droits réels (Voy. sur l'exigence d'une possession *animo domini*, Civ., 5 août 1890, *D. P.*, 1891, 1, 21; *S.*, 1891, 1, 343; 24 juill. 1912, *D. P.*, 1914, 1, 36; Req., 12 mars 1918, *D. P.*, 1921, 1, 148, et, spécialement, pour un exécuteur testamentaire, Req., 31 mai 1933, *S.*, 1933, 1, 392);

2° Il ne suffit pas que la possession soit à titre de propriétaire; il faut encore qu'elle soit *réelle*, *effective*, c'est-à-dire qu'elle se concrétise dans la détention matérielle du meuble; l'article 1141, qui ne fait que consacrer une application de la maxime de l'article 2279, § 1, exige une *mise en possession réelle*; une possession *indirecte*, par exemple par l'intermédiaire d'une *lettre de voiture* ou d'un *récépissé* délivré par une administration de chemins de fer, ne serait pas suffisante (L. Josserand, *Les transports*, 2e éd., nos 402 et 403). Mais une prise de possession résulterait suffisamment de la remise des clefs ou d'une marque apposée sur le meuble (Maurice Picard, n° 376); il est également admis, bien que la solution soit déjà contestable, que les warrants

agricoles (L. 30 avril 1906) confèrent au porteur une situation équivalente à la possession réelle (Civ., 23 avril 1918, *D. P.*, 1919, 1, 33, note H. CAPITANT);

3° La possession doit être *exempte de vices*. — Les vices à retenir sont, en pareille matière, la *violence*, la *clandestinité* et l'*équivoque*; quant à la discontinuité, elle n'a rien à voir dans une possession qui est prise en considération abstraction faite de toute condition de durée. Nous nous sommes expliqué précédemment au sujet des différents vices de la possession (*sup.*, n^os^ 1414 et suiv.). Voyez l'article 2229 et Req., 15 avril 1890 (*S.*, 1891, 1, 342, *D. P.*, 1891, 1, 388); Civ., 21 oct. 1929 (*D. H.*, 1929, 521); Req., 11 janv. 1937, cité *infra*.

Les juges du fond apprécient souverainement si une possession est ou non entachée d'équivoque (Req., 22 avril 1932, *S.*, 1932, 1, 228; 22 nov. 1932, *S.*, 1933, 1, 60; 31 mai 1933, *S.*, 1933, 1, 392; Civ., 17 oct. 1933, 3^e^ arrêt, *S.*, 1935, 1, 121, note VIALLETON);

4° Enfin, la possession doit être de *bonne foi*. Il est vrai que l'article 2279, § 1, ne fait pas mention de cette condition; mais sa nécessité ressort :

1. De l'article 1141 qui, faisant une application particulière de la règle : *en fait de meubles...* vise la seule possession de la bonne foi;

2. Des *précédents* et de la *raison d'être* de la maxime qui a été introduite pour donner de la sûreté au commerce et pour protéger ceux qui sont entrés en possession d'un meuble dans des conditions normales, à l'exclusion de ceux qui savaient pertinemment détenir la chose d'autrui, et, notamment, de celui dont la possession a une origine délictuelle (Req., 28 mars 1933, *S.*, 1933, 1, 219, *D. H.*, 1933, 249). La jurisprudence est constante en ce sens (Req., 16 juill. 1909, *S.*, 1911, 1, 65, *D. P.*, 1911, 1, 465; Civ., 12 déc. 1921, *D. P.*, 1922, 1, 28). L'opinion contraire, soutenue par Aubry et Rau (4^e^ éd., t. II, p. 156, note 29), est demeurée sans crédit; suivant la formule de la Chambre des requêtes, la maxime ne secourt pas « l'acquéreur d'objets mobiliers si, à l'époque de son entrée en possession, *il n'a pas eu la croyance qu'ils lui ont été remis par leur légitime propriétaire...* » (Req., 11 janv. 1937, *S.*, 1937, 1, 94, *D. H.*, 1937, 97) : c'est l'erreur qui devient ici créatrice de droits. A ce point de vue, les règles applicables à l'article 2279 s'éloignent donc du régime de l'usucapion trentenaire, laquelle fonctionne même au profit des possesseurs de mauvaise foi, des usurpateurs (*sup.*, n° 1577).

Il est entendu que, pour apprécier la bonne foi du pos-

sesseur, on envisage uniquement le moment de son *entrée en possession*.

1630. Inutilité d'un titre. — Lorsque les conditions ci-dessus énumérées se trouvent réunies, la maxime : *en fait de meubles...* trouve à s'appliquer; aucune autre exigence n'est formulée par la loi ou par la tradition; notamment, *il n'est pas nécessaire que le possesseur produise un titre*. Par définition même, c'est sa possession qui lui sert de titre, qui suffit à tout, pourvu qu'elle réunisse les caractères que nous avons précisés, pourvu notamment qu'elle soit de bonne foi; cette dernière n'a pas besoin de s'appuyer sur un titre. A plus forte raison, s'il en existe un, ne pourrait-on pas en objecter les vices.

Tout cela revient à dire que l'article 2279, § 1, protège, non pas seulement l'*acquéreur* de bonne foi, mais, plus généralement, et comme il s'en explique, le *possesseur* de bonne foi; non seulement celui qui a traité avec un *non dominus*, avec un dépositaire, un emprunteur, etc., mais aussi tout possesseur qui est actionné en revendication par un prétendu propriétaire et qui sera fondé à objecter qu'on ne revendique pas les meubles possédés de bonne foi. Cette double fonction de la maxime, que l'on peut rapprocher de la double fonction similaire de l'usucapion trentenaire, est reconnue nettement par la doctrine (Planiol, note *D. P.*, 1904, 2, 289; Saleilles, *La possession des meubles*; Maurice Picard, nos 373 et suiv.), instinctivement et confusément par une jurisprudence qui applique les véritables principes sans leur donner toujours une expression dogmatique très claire.

1631. Question de preuve. — La maxime suppose, pour son fonctionnement, la réunion de conditions nombreuses qui semblent devoir en restreindre sensiblement le champ d'application; mais cette impression est trompeuse, car il faut tenir compte d'une série de présomptions qui militent en faveur du possesseur et qui viennent faciliter singulièrement sa tâche. C'est assez, en définitive, qu'il établisse sa possession; car, du même coup : 1. cette possession est présumée véritable, à titre de propriétaire (art. 2230); 2. elle est présumée être de bonne foi (art. 2268); 3. enfin, on doit, jusqu'à preuve du contraire, la tenir pour exempte de vices.

En définitive, c'est donc au demandeur, au revendiquant, qu'incombe le véritable fardeau de la preuve; c'est à lui qu'il appartiendra d'établir le caractère précaire ou violent ou clandestin ou équivoque de la possession, ou encore de

prouver que le possesseur était de mauvaise foi lors de l'entrée en possession. Le plus souvent, dans la pratique, c'est le vice d'équivoque qui est allégué par le demandeur, tel qu'il résulte notamment de la communauté d'habitation entre le défunt et la personne qui est trouvée en possession de meubles lui ayant appartenu (*sup.*, n° 1418); s'il réussit à établir l'équivoque, c'est à son adversaire, le prétendu bénéficiaire de l'article 2279, qu'il appartiendra d'établir son véritable titre, par exemple le don manuel qui lui aurait été consenti; la preuve se trouve ainsi déplacée (Civ., 21 oct. 1929, *D. P.*, 1931, 1, 56).

1632. III. **Signification et force juridique de la maxime.**

A. *Diverses explications* ont été proposées de la règle : *en fait de meubles...* et des résultats auxquels elle conduit :

1° On a eu recours à l'idée d'une *prescription instantanée*; le possesseur d'un meuble en deviendrait propriétaire par l'effet d'une prescription extemporanée, de même que le possesseur d'un immeuble en est considéré comme le propriétaire après un délai de trente années. Cette explication n'a, en sa faveur, que la place occupée par l'article 2279 qui figure au titre de la prescription. Elle a contre elle : 1. l'idée même de la prescription qui, par définition même, implique l'écoulement d'un certain délai (art. 2219); ces deux mots : *prescription* et *instantanée* jurent d'être accouplés; ils constituent une contradiction *in adjecto*; 2. la tradition, telle qu'elle nous est révélée par nos anciens auteurs, soit Bourjon : « La prescription n'est d'aucune considération et ne peut être d'aucun usage quant aux meubles... », soit Pothier : « Le possesseur d'un meuble en est présumé le propriétaire, *sans qu'il soit besoin d'avoir recours à la prescription.* » Aussi, cette première explication est-elle complètement délaissée;

2° D'autres auteurs ont recours à la notion de l'acquisition *lege*; le possesseur d'un meuble en deviendrait propriétaire de par la volonté du législateur (Colin et Capitant). Mais, comme nous l'admettons plus loin (*Inf.*, n° 1777), l'acquisition *lege* ne doit être reconnue qu'en désespoir de cause, en l'absence de toute autre explication possible; or, tel n'est pas le cas ici.

1633. — 3° En effet, à la base de l'acquisition, si acquisition il y a, nous trouvons la possession, laquelle vaut titre; c'est cette possession qui, par l'effet d'une *présomption légale*, vaut la preuve de la propriété. Suivant la formule de Pothier, *le possesseur d'un meuble en est présumé le pro-*

priétaire; la possession tient lieu de titre de propriété; le possesseur peut dire à son adversaire, le revendiquant : je possède, donc je suis propriétaire. C'est le point de vue de la tradition; c'est celui du législateur *allemand* (C. civ. allemand, art. 1006 : « *le possesseur d'une chose mobilière en est présumé le propriétaire* »); c'est également celui de notre jurisprudence : la règle contenue dans l'article 2279, § 1, est une règle de *forme*, une règle de *preuve*, établie, non dans l'intérêt des filous, mais dans celui des légitimes propriétaires. Sans doute, il peut arriver qu'un usurpateur bénéficie de la protection légale, et alors la maxime aboutira à un déplacement de propriété et à un déplacement injuste, mais ce n'est là qu'un accident; dans la normale, la règle traditionnelle n'opère aucun transfert de valeur; elle vient au secours du légitime propriétaire à qui elle permet de prouver sa propriété par sa possession même, et en détachant cette propriété de sa cause, en la considérant abstraitement.

1634. — B. *Force juridique de la maxime.* — Elle tient dans les deux propositions suivantes :

1° *La présomption de propriété établie au profit du possesseur est absolue.* — Le revendiquant ne serait pas même admis à prouver que, tout en réunissant les conditions requises pour l'application de l'article 2279, § 1, le possesseur n'est cependant pas propriétaire du meuble. Décider autrement serait ruiner l'autorité de la maxime traditionnelle et ouvrir la porte à des contestations qu'elle tend à prévenir; ce serait séparer de vive force les deux notions de possession et de propriété que le législateur a voulu unir, en matière mobilière et dans l'intérêt de cette propriété même, pour la sûreté du commerce; enfin, ce serait faire échec à la disposition de l'article 1352 qui attribue une force absolue à la présomption légale lorsque, sur son fondement, la loi *dénie l'action en justice*. Telle est bien l'hypothèse : la loi établit une présomption de propriété en faveur du possesseur, et, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en revendication contre lui; nous sommes dans les termes mêmes de l'article 1352; la présomption de propriété inscrite dans l'article 2279, § 1, est une présomption irréfragable.

Après cela, on est surpris de relever, dans des décisions judiciaires, émanées de tribunaux, de cours d'appel, de la Cour de cassation elle-même, des affirmations dans le genre de celle-ci : « La présomption de l'article 2279 peut être détruite par la preuve contraire »; ou « la présomption établie par ledit article n'est qu'une présomption simple »

(Nancy, 30 déc. 1891, *D. P.*, 1892, 2, 441). Mais ces formules inquiétantes n'ont nullement la signification qu'elles paraissent tout d'abord revêtir; jamais il n'a été dans la pensée de notre jurisprudence d'autoriser le demandeur en revendication à prouver que le possesseur, encore que réunissant toutes les conditions requises par l'article 2279, n'est cependant point propriétaire; elles lui ont seulement permis, ce qui est bien différent, d'établir que lesdites conditions n'étaient pas réunies dans l'espèce, et, par exemple, que la possession du défendeur était équivoque. Le désaccord entre la doctrine et la jurisprudence ne touche donc pas au fond du droit; dans les décisions critiquées, ce n'est pas le dispositif qui est mauvais, c'est la forme qui trahit la pensée de nos juridictions; sur cette pensée même, sur sa valeur, sur sa signification, aucun doute n'existe en réalité (V. Req., 21 nov. 1927, *D. P.*, 1928, 1, 172, rapport de M. Bricout).

1635. — 2° *La présomption de propriété a pour effet de détacher la propriété de sa cause et de lui conférer un caractère abstrait.* — Grâce à la présomption instituée dans l'article 2279, § 1, le possesseur échappe à l'action en revendication; mais ce n'est pas tout; il échappe du même coup aux actions sanctionnant les droits réels dont le meuble pouvait être grevé, par exemple à l'action confessoire d'usufruit, du moins s'il était de bonne foi à cet égard aussi, s'il ignorait l'existence de ladite charge; enfin, si le précédent propriétaire n'avait qu'un droit sujet à résolution, à annulation, à rescision, à révocation, ce même possesseur échappe aux actions qui pouvaient être dirigées, de ce chef, contre son prédécesseur. Solution logique : car il ne se présente pas comme l'ayant cause de celui-ci, comme un acquéreur; il ne se réclame pas d'un titre translatif de propriété : vente, échange, donation; non, il n'invoque que sa possession personnelle; c'est cette possession qui constitue son titre; la propriété dont il se prévaut est une *propriété neuve*, libre de toutes charges, au moins dans la mesure de sa bonne foi, dans la mesure où il a ignoré les obligations et les charges nées à l'occasion de la chose qu'il possède. La maxime de l'article 2279 ne signifie donc pas seulement qu'on ne revendique pas les meubles, mais, d'une façon plus générale, que le titre du possesseur d'un meuble est sa possession même, ce qui le met à l'abri de toute surprise, de toute réclamation inattendue, insoupçonnée. La propriété mobilière se détache ainsi de sa cause, de l'acte juridique qui l'a déplacée, pour se présenter à l'état isolé et pour revêtir un caractère abstrait.

§ II. — LES DÉROGATIONS CAS DANS LESQUELS IL EST PERMIS DE REVENDIQUER UN MEUBLE CORPOREL

1636. Enoncé des dérogations. — La revendication, refusée en principe au propriétaire du meuble, lui est accordée exceptionnellement au cas de *dessaisissement involontaire*, soit lorsqu'il a été victime d'une *perte* ou d'un *vol*; il peut alors agir pendant un délai de *trois années*, contre le possesseur de bonne foi; pendant ce délai, *qui court à dater du jour de la perte ou du vol*, le meuble perdu ou volé répugne à la présomption de propriété qui est attachée, en principe, à la possession mobilière; il est atteint d'une sorte de vice qui disparaît, qui est purgé par l'écoulement de trois années.

Ainsi décide l'article 2279, dans son deuxième alinéa.

1637. Caractère exceptionnel de cette disposition. — Le système du Code civil apparaît dès lors avec netteté : de deux choses l'une, ou bien le propriétaire s'était dessaisi *volontairement* du meuble, il l'avait prêté ou confié à quelqu'un, et alors la revendication lui est refusée contre tout possesseur de bonne foi (1er al.); ou bien il a été dessaisi *involontairement* (perte ou vol), et en ce cas la revendication lui est maintenue pendant trois années (2e al.). Deux régimes très différents sont ainsi institués pour deux éventualités qui étaient déjà distinguées par le vieux droit germanique, lequel conférait à la victime de la perte ou du vol l'action de *chose adirée* ou l'action de *chose emblée*, mais en refusant tout recours au propriétaire dont le dessaisissement avait été volontaire (*Sup.*, n° 1620).

Cependant, si tel est l'aménagement de notre système actuel, il faut bien prendre garde que les deux éventualités opposées l'une à l'autre ne sont point mises par l'article 2279 sur le même plan; celle du dessaisissement volontaire a la valeur d'un principe : *en fait de meubles, la possession vaut titre*; celle du dessaisissement involontaire est reléguée au second plan, pour faire figure d'exception « *néanmoins*, etc. » (2e al.). *Le principe*, c'est qu'on ne revendique pas les meubles; *exceptionnellement*, le second alinéa confère à la victime d'une perte ou d'un vol une revendication triennale.

Ce caractère exceptionnel de la disposition contenue dans le second alinéa est de *toute première importance*; il commande à d'importantes conséquences.

1638. Conséquences du caractère exceptionnel de la disposition du second alinéa.

Première conséquence. — Il appartiendra au demandeur en revendication d'établir qu'on se trouve dans l'exception, c'est-à-dire qu'il y a eu *perte* ou *vol* : l'exception ne se présume pas.

Deuxième conséquence. — De plus, l'exception est de droit étroit; elle comporte une interprétation restrictive. C'est seulement s'il y a eu *perte* ou *vol*, au sens juridique et littéral de ces mots, que la revendication appartiendra à la victime.

Sur la *perte*, il y a peu à dire; elle existe du moment que le meuble a été égaré, soit par le fait, la négligence du propriétaire, soit par le fait ou la négligence d'un tiers (lettre ou colis égarés pour une raison ou pour une autre).

Quant au mot *vol*, il a un sens précis et technique; il désigne la *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* (C. pén., art. 379; Paris, 19 janv. 1933, *S.*, 1933, 2, 134, *D. H.*, 1933, 185), à l'exclusion de l'*abus de confiance* commis par un dépositaire ou par un mandataire infidèles, et de l'*escroquerie* (Paris, 10 déc. 1904, *S.*, 1906, 2, 169, note Wahl, *D. P.*, 1906, 2, 61) : si l'individu à qui des meubles ont été confiés en dépôt ou qui les a reçus en tant que mandataire les détourne au préjudice du déposant ou du mandant, si un aigrefin réussit, par des manœuvres frauduleuses, à se faire remettre des billets, des titres, en s'attribuant par exemple une fausse qualité, en alléguant l'existence d'une entreprise imaginaire, la victime, de l'*abus de confiance* dans le premier cas, de l'*escroquerie* dans le deuxième, est démunie de l'action en revendication (1er al.), laquelle n'est conférée qu'à la victime d'une dessaisissement involontaire (2e al.).

1639 . 3° *Conséquence.* — Puisque le second alinéa de l'article 2279 apporte des exceptions à la règle inscrite dans le premier, c'est qu'il se place exactement dans le même ordre d'idées, sauf qu'il suppose un dessaisissement involontaire; l'*exception est prise sur la règle, nécessairement*; elle se meut dans le même cadre, soit quant aux *meubles* visés, soit quant aux *personnes*.

a) *Quant aux meubles.* — Ce sont seulement les meubles corporels, ceux qui se transmettent de la main à la main, qui, s'ils ont été perdus ou volés, peuvent être revendiqués par la victime;

b) *Quant aux personnes.* — De même que le premier alinéa, le deuxième suppose que le meuble se trouve entre

les mains d'un *possesseur de bonne foi*; c'est alors seulement que l'action en revendication est prescrite par trois années; contre tous autres possesseurs, elle ne s'éteint que par la prescription de droit commun, soit par *trente années*.

Contre toutes autres personnes, c'est-à-dire :

1° Contre l'*auteur du vol ou de la trouvaille*, sans aucun doute; l'article 2279, § 2, ne régit pas les rapports de la victime avec le possesseur initial, voleur ou inventeur. Outre que la solution contraire serait scandaleuse, elle ne cadrerait pas avec les termes de la forme légale — « *contre celui dans les mains duquel il la trouve* » — lesquels s'appliquent bien mieux à un tiers qu'à l'auteur même du vol ou de la trouvaille;

2° Contre un *sous-acquéreur de mauvaise foi*, bien que la solution soit discutée. Elle nous paraît s'imposer pour différentes raisons : d'abord parce que le sous-acquéreur de mauvaise foi n'est pas plus intéressant que l'auteur du vol ou de la trouvaille dont il est peut-être le complice; puis parce que le second alinéa de l'article 2279 ressortit au même ordre d'idées, au même cadre que le premier; celui-ci ne vise que le possesseur de bonne foi; il en doit être de même de la disposition exceptionnelle constitutive du deuxième paragraphe (*Sic*, Paris, 27 oct. 1933, *motifs*, *D. H.*, 1933, 562).

Ainsi, contre un possesseur de mauvaise foi, la victime de la perte ou du vol peut agir pendant *trente années*; c'est seulement contre un possesseur de bonne foi que l'exercice de son action est limité à un délai de *trois années*.

1640. Modalités de l'exercice de la revendication triennale. Indemnisation de l'acheteur.

1° La revendication triennale appartient, non seulement à la victime, au propriétaire, mais aussi au créancier gagiste, au dépositaire, qui, ayant la responsabilité de la garde du meuble, doivent disposer des moyens de le recouvrer (Civ., 28 mars 1888, *S.*, 1888, 1, 265, *D. P.*, 1888, 1, 253);

2° L'action peut être exercée soit contre un possesseur véritable, soit contre un simple détenteur, sauf à ce dernier de mettre en cause la personne pour le compte de laquelle il détient (Civ., 5 mai 1874, *S.*, 1875, 1, 49, note Labbé), soit même contre celui qui aurait par dol cessé de posséder (Civ., 7 fév. 1910, *S.*, 1910, 1, 225, note Lyon-Caen; *D. P.*, 1910, 1, 201, note Nast);

3° Il est possible que le revendiquant triomphant soit tenu d'indemniser le possesseur évincé. — Cette règle, qui remonte très haut dans le passé — elle était admise par

Beaumanoir, au XIII^e^ siècle — est consacrée dans l'article 2280, lequel accorde le droit au remboursement du prix payé au possesseur évincé lorsqu'il avait acheté le meuble « *dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles* », c'est-à-dire lorsqu'il l'avait acheté dans des conditions normales, non suspectes et conformes aux usages du commerce.

Cette disposition enlève à la revendication triennale contre le possesseur de bonne foi une bonne part de son utilité pratique, le revendiquant devant restituer d'une main ce qu'il recouvre de l'autre; c'est seulement si le meuble perdu ou volé présente pour lui un intérêt particulier (souvenir de famille ou de voyage, par exemple) qu'il se déterminera à le revendiquer contre remboursement du prix payé par le possesseur évincé.

Il est vrai qu'il pourrait songer à récupérer contre les précédents possesseurs le montant de l'indemnité qu'il a dû servir au dernier acheteur; mais ce serait au moyen d'une action délictuelle et à charge de prouver une faute commise par les défendeurs; car il ne saurait utiliser contre eux, ni l'action *de in rem verso* (l'enrichissement du possesseur intermédiaire était sans doute justifié), ni la subrogation légale dans les droits du dernier possesseur évincé qui, ayant été remboursé, n'a rien à transmettre à son contradicteur (V. Civ., 11 fév. 1931, *D. P.*, 1931, 1, 129, note SAVATIER, *S.*, 1931, 1, 273, note GEGOUT).

1641. — La jurisprudence limite le domaine d'application de l'article 2280 en en refusant le bénéfice à toute autre personne qu'un acheteur, et, notamment à un créancier gagiste à qui le meuble aurait été remis par le débiteur en sûreté de la dette (Civ., 11 mai 1898, *S.*, 1898, 1, 481, note TISSIER).

D'autre part, il faut signaler que la revendication s'exerce sans indemnité lorsque le meuble faisait partie du domaine public, car il reste alors en dehors du système aménagé dans les articles 2279 et suivants (Req., 17 juin 1896, *S.*, 1896, 1, 408); mais il en irait autrement des meubles qui, classés en vertu des lois du 30 mars 1887 et du 31 décembre 1913, ne ressortiraient cependant pas au domaine public : l'acquéreur évincé pourrait alors prétendre au remboursement du prix par lui jadis payé (L. 31 déc. 1913, art. 20, § 2)

§ III. — LÉGISLATION SPÉCIALE AUX TITRES AU PORTEUR

1642. Précédents. — Pendant longtemps, les titres au porteur ont été soumis à la loi commune des articles 2279 et 2280 : ils s'en accommodaient fort mal.

1° Au cas d'abus de confiance ou d'escroquerie, la victime était désarmée par la disposition de l'article 2279, § 1;

2° S'il y avait eu perte ou vol, la revendication était bien accordée pendant trois années; mais, d'une part, elle était éteinte après l'expiration de ce délai; d'autre part, même dans ces limites de temps, elle était rendue pratiquement déficiente à raison de l'obligation de remboursement qu'elle entraînait à la charge de celui qui l'exerçait et au profit du possesseur ayant acheté les titres en bourse ou chez un changeur (art. 2280);

3° Dans tous les cas, les titres circulant de main en main, le porteur pouvait se présenter à l'établissement émetteur afin de toucher les revenus échus (coupons d'intérêts ou de dividendes), et même le capital, s'il était devenu remboursable.

Une réforme était donc désirable dont l'urgence apparut au cours des événements de 1870-1871, alors que bien des titres furent égarés, pillés ou brûlés. De là la loi du 15 juin 1872, modifiée ensuite par une loi du 8 février 1902; de là aussi, pour la guerre de 1914-1918, des mesures temporaires instituées par la loi du 4 avril 1915 et le décret du 19 octobre 1919; comme ces dernières dispositions ont cessé d'être applicables à la date du 20 juin 1920, nous les négligerons pour nous en tenir au régime permanent institué par la loi du 15 juin 1872, modifiée en 1902.

1643. Mécanisme du système institué en 1872. — Le propriétaire dépossédé doit faire une *double notification* :

1° Une notification à la *Chambre syndicale des agents de change de Paris*, avec réquisition de publier dans un bulletin spécial, le *Bulletin des oppositions*, dont le service est fait dans toutes les bourses de France, les numéros des titres perdus, volés ou détournés.

Cette première notification produit des effets très importants :

a) Les titres ainsi frappés d'*opposition* ne doivent plus faire l'objet de négociations; l'agent de change qui les livrerait dans ces conditions engagerait sa responsabilité (art. 12, §§ 1 et 2);

b) Tout individu qui acquerrait les titres frappés d'opposition serait constitué *de plein droit de mauvaise foi*, et cela en vertu d'une présomption irréfragable qui ne comporte point la preuve contraire. En conséquence : 1. la revendication est possible pendant trente années, contre tout détenteur; 2. le revendiquant n'est pas tenu de rembourser au possesseur évincé le prix d'achat des titres.

Ces solutions résultent de l'article 12, § 1 de la loi de 1872, d'après lequel : « toute négociation ou transmission postérieure au jour où le bulletin est parvenu ou aurait pu parvenir, par la voie de la poste, dans le lieu où elle a été faite, *sera sans effet vis-à-vis de l'opposant* »;

2° Une seconde notification doit être adressée à l'*établissement émetteur des titres*. Elle produit elle-même de très importants effets :

a) Elle vaut opposition au service tant du capital que des revenus : tout paiement effectué par l'établissement serait inefficace à l'égard de l'opposant et dénué de valeur libératoire;

b) Si le porteur des titres se présente au siège de l'établissement émetteur, ce dernier doit retenir lesdits titres et aviser l'opposant de cette présentation en lui faisant connaître les nom et adresse du tiers porteur (art. 10 de la loi);

c) Enfin, la notification fait courir les délais à l'expiration desquels l'opposant rentrera dans l'exercice et la jouissance de ses droits : après un délai d'*un an*, il peut, *à condition de fournir caution* et si aucune contradiction ne s'est produite de la part d'un tiers, obtenir du président du tribunal du lieu de son domicile, l'autorisation de toucher les intérêts ou dividendes échus, et même le capital, s'il est devenu exigible (art. 3); après *dix années*, à compter de ladite autorisation, il pourra enfin obtenir, à ses frais, un *duplicata* des titres disparus, portant les mêmes numéros que ceux-ci et faisant mention qu'il est délivré pour les remplacer.

1644. Domaine d'application de la réglementation spéciale aux titres au porteur. — Cette réglementation a une portée très générale en ce sens qu'elle s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer d'après les circonstances dans lesquelles le titulaire a été privé de son bien; elle protège tout propriétaire de titres au porteur qui en a été « *dépossédé par quelque événement que ce soit* » (art. 1er de la loi) : perte, vol, abus de confiance, escroquerie.

Mais, à d'autres égards, la portée de la réforme est limitée.

1° Elle ne vise pas absolument tous les titres au porteur; il y a lieu d'exclure :

a) Les titres qui ne sont pas des valeurs mobilières, qui n'ont pas le caractère de valeurs de placement, de titres de bourse, à savoir : les *billets de banque*, les *chèques*, les *lettres de change* au porteur;

b) Les *rentes sur l'Etat* et *autres titres au porteur émis par l'Etat*, réserve faite cependant des obligations des chemins de fer de l'Etat, lesquelles sont régies par les dispositions de la loi de 1872 (L. 8 mars 1912, art. 1er) : on n'a pas voulu que les compagnies concessionnaires fussent favorisées par rapport à l'Etat exploitant;

2° La législation de 1872 ne met pas l'opposant à l'abri de toutes transmissions ou négociations; il faut exclure :

a) Les négociations qui se produiraient antérieurement à la publication de l'opposition, lesquelles restent soumises au droit commun du Code civil, articles 2279 et 2280 (L. 15 juin 1872, art. 14);

b Les opérations qui se produiraient à l'étranger, du moins en ce qui concerne les titres émis par des Etats ou des établissements étrangers.

1645. Conclusions.

1° Les titres au porteur n'échappent pas entièrement à l'application de la règle : *en fait de meubles...*, mais seulement dans les limites tracées par la loi et que nous venons de préciser;

2° Un *accord international* serait souhaitable qui viendrait renforcer la protection que le législateur français de 1872 s'est ingénié à assurer aux porteurs de titres.

1646. La propriété mobilière et la prescription extinctive. — A la différence de la revendication immobilière qui n'est pas susceptible de s'éteindre par l'action du temps (*Sup.*, nos 1507 et suiv.), il arrive que la revendication d'un meuble soit enfermée dans des limites de temps plus ou moins resserrées.

1° Comme on le sait, la maxime : *en fait de meubles...* n'est point d'une généralité absolue; il arrive qu'on puisse revendiquer un meuble contre le possesseur actuel, mais alors on doit agir avant l'expiration d'un certain délai : *trois années*, en cas de perte ou de vol, et contre un possesseur de bonne foi (art. 2279, § 2); *trente années* contre un possesseur de mauvaise foi;

2° Lorsqu'un meuble menace d'*accéder* à un immeuble, la loi donne parfois au propriétaire qui va être sacrifié le

droit de revendiquer son bien pendant un certain délai à l'expiration duquel la propriété aura changé de mains. Voyez, pour les *animaux de basse-cour* qui émigrent d'un fonds sur un autre, *Inf.*, n° 1654, et, pour le cas d'*avulsion* (détachement d'une parcelle de terrain qui va s'agglutiner, tout en demeurant reconnaissable, à un autre fonds), *Inf.*, n° 1657 et article 559.

Lorsque un délai fixé par la loi est expiré (trois ans, trente ans, un mois, une année suivant les cas), la revendication est prescrite et le propriétaire se trouve donc dépouillé de son droit, quand bien même le tiers qui bénéficia de cette éventualité n'aurait pas possédé la chose pendant le délai imparti. L'extinction de la revendication et, par suite, de la propriété, se produit alors *directement* et non pas comme corollaire d'une acquisition réalisée au profit d'autrui; c'est, au contraire, cette acquisition qui a la valeur d'une conséquence, non d'une cause. On peut donc dire, en pareille occurrence, que la propriété est éteinte par la prescription, ou, du moins, par la seule action du temps, ce qui constitue une nouvelle et importante différence entre la propriété immobilière et la propriété des meubles.

V. un article de Francesco Ferrara : *Usucapione delle cose mobili*, *Rivista di dirritto privato*, 1932, p. 257.

CHAPITRE V

Les modes d'acquérir la propriété

1647. Généralités. — Nous n'envisagerons, dans ce chapitre, que les modes d'acquérir la propriété sur des *choses corporelles* : la transmission des *créances* (cession de créance) sera étudiée avec le programme de la deuxième année; les transmissions des *offices*, des *fonds de commerce*, l'acquisition des *droits d'auteurs ou des brevets*, sortent du cadre d'un traité de droit civil.

Même ainsi délimité, le sujet est encore vaste; les modes d'acquérir la propriété corporelle sont fort nombreux. On doit surtout éviter de suivre l'exemple des rédacteurs du Code civil qui les ont énumérés pêle-mêle, sans vue scientifique, dans les articles 711 et suivants, et cela au prix d'inévitables oublis. Il appartient à l'interprète de procéder plus méthodiquement et d'établir des classifications, des catégories.

1648. Classifications. — On peut en établir un grand nombre en se plaçant à différents points de vue; nous nous limiterons aux principales.

1° Nous ne signalons que pour mémoire l'antique distinction entre les *modes du droit des gens* et les *modes du droit civil* : importante dans une législation étroite et exclusive qui écarte jalousement les étrangers de la vie juridique du pays, cette opposition s'est estompée au cours des siècles pour s'effacer complètement à l'époque moderne; de nos jours, les étrangers ont une capacité juridique à peu près égale à celle des nationaux, au moins dans le domaine du droit privé : ils peuvent vendre, acheter, donner, recevoir, échanger, hériter, etc. (V. cependant, sur l'esquisse d'un mouvement d'autarchie juridique, *sup.*, n° 243);

2° Une autre classification oppose les *modes originaires* aux *modes dérivés* : les premiers confèrent à l'acquéreur une propriété neuve; elles ne font de lui l'ayant cause de quiconque; il faut citer, dans cette catégorie, l'*occupation* (*Inf.*, n^os^ 1675 et suiv.), la *présomption de propriété* que l'article 2279 attache à la possession des meubles corporels (*Sup.*, n^os^ 1632 et suiv.), et aussi, dans certaines de ses applications, l'*accession*, notamment l'*avulsion* (*Inf.*, n^os^ 1650 et suiv.). La plupart des modes d'acquérir sont au contraire *dérivés* : avec eux, par eux, l'acquéreur *tient* ses droits de son prédécesseur; il est un ayant cause; il devient donc propriétaire dans les conditions où l'était son auteur; il doit supporter les charges dont la chose était grevée entre les mains de celui-ci. La vente, l'échange, la donation, le testament, la tradition sont, entre bien d'autres, des modes dérivés;

3° En prenant en considération l'*étendue* de l'acquisition, on distingue les *transmissions à titre universel* et les *transmissions à titre particulier*; l'acquisition est à titre universel lorsqu'elle porte soit sur un patrimoine entier, soit sur une fraction arithmétique, une part adéquate du patrimoine : la moitié, le quart, le dixième; elle est, au contraire, à titre particulier si elle porte sur un ou sur plusieurs objets déterminés, individuellement envisagés : telle maison, telle somme d'argent.

L'acquisition à titre universel, précisément parce qu'elle affecte le patrimoine dans son intégralité ou dans une de ses fractions, entraîne, pour l'acquéreur, obligation aux dettes : le passif est transmis comme l'actif, avec lui et proportionnellement à lui; *æs alienum est onus universi patrimonii*, au lieu que l'acquéreur à titre particulier, un acheteur par exemple, échappe au passif de son auteur, le vendeur, précisément parce qu'il n'a traité que relativement à un bien déterminé auquel ne correspond, en général, aucun élément du passif; seuls sont à redouter, pour lui, les

droits réels qui, grevant la chose, lui seront opposables (hypothèque, gage, etc.). Nous avons donc le plus grand intérêt à succéder à titre universel à des personnes solvables, au lieu que nous pouvons traiter, sans inconvénient, à titre particulier, avec un auteur, par exemple avec un vendeur dont la situation est obérée : un passif ne se déplacera pas, à notre détriment, avec la chose vendue et par l'effet de la vente.

Dans notre droit, les transmissions à titre universel ne s'effectuent que *par décès*; les acquisitions *entre vifs* ont toujours lieu à titre particulier;

4° Nous venons de faire allusion à une autre classification dont les intérêts se dégageront avec l'étude des successions; il suffit, pour le moment, de constater que les acquisitions *entre vivants* sont toujours à titre particulier, au lieu que les transmissions par décès, *mortis causa*, s'effectuent, soit à titre universel, soit aussi à titre particulier (legs à titre particulier);

5° Une classification essentielle est celle qui est établie entre les modes d'acquérir *à titre gratuit* et les modes d'acquérir *à titre onéreux*. La distinction est souvent fort délicate : pour l'instant, nous dirons seulement que le critérium est double; l'acte à titre gratuit (donation entre-vifs, legs, ect.) implique, chez l'aliénateur, une *intention de libéralité*; de plus, il suppose que l'acquéreur ne fournit pas, en retour de ce qu'il reçoit, une prestation qui puisse être considérée comme équivalente. Lorsque l'un de ces points de repère fait défaut, l'acte est dit à titre onéreux (vente, échange).

La distinction présente de multiples intérêts, soit de *forme* (les actes à titre gratuit sont soumis, assez souvent, à des règles strictes), soit de *fond* (capacité des parties, pouvoir, application aux actes à titre gratuit de certaines règles du droit successoral, rapport, réserve, etc.).

1649. Classification qui servira de plan. — Nous ne suivrons, à titre de plan, aucune des classifications qui précèdent; mais, nous inspirant de la cause profonde qui est à la base de chaque mode d'acquisition, nous dirons qu'on acquiert la propriété :

1° Par la *propriété même* (*accession*);

2° Par la *possession* (*occupation, usucapion*, etc.);

3° Par la *convention*;

4° Par le *testament*;

5° Par la *tradition*;

6° Par un acte de l'*autorité publique*;
7° Par la *loi*.

SECTION I. — ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR LA PROPRIÉTÉ MÊME

(ACCESSION)

1650. Définition. — Dans son sens le plus général, le mot *accession* sert à désigner toute union, toute incorporation d'une chose accessoire à une chose principale (art. 551), sans distinguer selon que se réalise ou non, à cette occasion, une acquisition véritable.

Si l'on accepte ce point de vue, qui est celui du Code civil, on discerne, avec lui, deux catégories d'éventualités, selon précisément que l'accession implique ou non une acquisition nouvelle, qui serait réalisée grâce à elle :

1° Il arrive que l'accession se produise en dehors de toute acquisition réalisée par le propriétaire de la chose principale; et cette éventualité se dédouble elle-même :

a) La chose accessoire sort de la chose principale dont elle faisait jusque-là partie intégrante; sous sa forme nouvelle, elle appartient au propriétaire de celle-ci, et par droit d'accession; tel est le sort des *fruits* et des *produits* (art. 547). Sur ce point, la terminologie légale manque d'exactitude et de précision; comme on l'a remarqué, il y a alors *discession* et non pas *accession*;

b) La chose accessoire provient de l'extérieur et par le fait du propriétaire; au lieu de sortir de la chose principale, elle y pénètre, elle vient s'y encadrer, s'y incorporer. Tel est le cas des plantations, des constructions, devenues immeubles par nature (art. 552, § 1), des meubles affectés au service d'un immeuble par nature, lesquels sont immobilisés par destination (*Sup.* n^os^ 1350 et suiv.). Une fois que le phénomène s'est produit, le propriétaire du fonds n'est pas plus riche qu'avant; le changement n'intéresse que la configuration de l'objet de son droit. Il y a bien accession, mais sans acquisition nouvelle;

2° Dans d'autres éventualités, l'accession revêt une signification juridique plus accusée : elle joue le rôle de *mode d'acquérir la propriété*. C'est dans cette fonction qu'elle nous intéresse et c'est sous cet aspect que nous l'étudierons.

1651. Accession au profit d'un meuble. — Encore ne dirons-nous que quelques mots de l'accession qui se réalise

au profit d'un meuble : cette variété, qui préoccupait beaucoup les jurisconsultes romains et à laquelle notre législateur a fait l'honneur de lui consacrer treize articles (art. 567 à 577), est en réalité dénuée d'intérêt pratique actuel : la maxime *en fait de meubles...* l'a destituée de toute signification effective en la reléguant au second plan; le plus souvent, en effet, le possesseur d'un meuble corporel est déjà protégé par ladite maxime : il n'a que faire d'invoquer le droit d'accession, soit qu'il y ait *adjonction* (les prudents imaginaient qu'une roue était incorporée à un char) ou *spécification*, c'est-à-dire constitution d'un objet nouveau avec une matière qui appartenait à autrui, ou enfin *mélange* de deux corps qui ont cessé d'être reconnaissables.

Sur toutes ces hypothèses d'école, nous renvoyons le lecteur aux textes du Code civil, en notant seulement que l'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière suppose que les deux choses ont été adjointes ou mélangées de façon à former un tout dont les éléments ne sauraient impunément être dissociés (Civ. 20 avril 1928, *S.*, 1928, 1, 299).

1652. Accession au profit d'un immeuble. — La véritable accession, la seule qui puisse présenter de l'intérêt, est celle qui se réalise au profit d'un immeuble. Elle peut tenir au seul fait de la nature : elle est dite alors *naturelle*; ou bien elle peut résulter du fait, du travail de l'homme : on la qualifie alors d'*artificielle* (art. 546). La distinction est pratiquement intéressante : au cas d'accession artificielle, la question peut s'élever de l'indemnisation de l'auteur des travaux effectués sur le fonds d'autrui, mais non si l'accession est naturelle : le bénéficiaire profite alors d'une véritable aubaine à laquelle aucune charge ne correspond.

§ I. — ACCESSION NATURELLE AU PROFIT D'UN IMMEUBLE

1653. Enumération. — L'accession due au seul fait de la nature est susceptible de faire acquérir au propriétaire d'un immeuble : 1° des *animaux*; 2° certaines *choses mobilières inanimées*; 3° des *atterrissements de cours d'eau*.

1654. I. **Animaux.** — Le propriétaire d'un fonds devient parfois propriétaire, par accession, de certains animaux qui s'y fixent.

1° Parfois, l'acquisition est *immédiate* : pour les pigeons, lapins, poissons qui changent de colombier, de garenne ou

d'étang (art. 564), ainsi que pour les abeilles, du moins si le propriétaire de l'essaim a cessé de les suivre (L. 4 avril 1889, art. 9);

2° Pour les animaux de basse-cour, pour les volailles notamment, ce même résultat suppose l'écoulement *d'un mois*; ce délai court à dater du jour de la déclaration qui a dû être faite à la mairie par le propriétaire du fonds de refuge (L. 4 avril 1889, art. 5).

1655. II. **Choses mobilières inanimées.** — Il faut citer :

1° La partie du *trésor* qui est attribuée *jure soli* au propriétaire du fonds de la découverte (*inf.*, n° 1681);

2° Les pierres tombées du ciel, les *aérolithes*; ils appartiennent, par droit d'accession, au propriétaire du sol, du moins s'ils y ont pénétré assez profondément pour s'incorporer à lui (Trib. civ. Aix, 17 janv. 1898, *D. P.* 1900, 2, 507).

1656. III. **Atterrissements des cours d'eau.** — On entend par là les terrains qui se forment, qui sont mis à jour soit sur les rives des cours d'eau, soit dans leur lit même.

A. *Sur les rives.* — Deux éventualités sont à distinguer suivant que ce sont des *alluvions* ou, à l'inverse, des *relais* qui se sont formés.

1° *Alluvions* (ou *lais*). — Ce sont des terres, des vases ou des graviers qui, charriés par les eaux, se déposent et se fixent sur la limite d'un fonds riverain; cette alluvion, de formation successive et imperceptible, profite au propriétaire riverain, même si le cours d'eau est navigable ou flottable, sauf, en ce cas, l'obligation pour le bénéficiaire, de laisser libre le marchepied ou le chemin de halage, conformément aux règlements (art. 556).

2° *Relais.* — Ce sont les atterrissements qui résultent du retrait des eaux; ce sont des portions de terrains laissées à nu par ce mouvement de recul. L'attribution est fixée ainsi que celle des alluvions (art. 557).

Il n'est question à cette place ni des lais et relais de la *mer*, qui appartiennent à l'Etat (art. 538), ni de ceux des *étangs*, propriété privée dont les limites, déterminées une fois pour toutes, ne sont pas susceptibles d'être resserrées ou reculées par le mouvement des eaux ou des terres.

1657. Avulsion. — L'article 559 prévoit l'éventualité, qui n'est pas précisément de tous les jours, où un cours d'eau, navigable ou non, enlèverait soudain une partie d'un

fonds pour la porter vers un fonds inférieur ou bien sur la rive opposée; il donne, en pareil cas, un droit de suite au propriétaire diminué qui peut revendiquer la parcelle fugitive, mais à la condition de faire sa réclamation *dans l'année*; une fois ce délai expiré, la demande ne serait plus recevable, à moins que le propriétaire du fonds bénéficiaire n'eût pas encore pris possession de la parcelle qui s'était offerte à lui.

L'*avulsion* ne saurait être confondue avec l'*alluvion* qui suppose une formation successive, continue et imperceptible (art. 556, § 1) et qui échappe d'ailleurs à toute identification.

1658. B. *Atterrissements qui se forment dans le cours d'eau lui-même, dans son lit.* — Ici encore, une distinction doit être établie.

1° *Atterrissements formés au milieu d'un cours d'eau.* — Une île, un îlot se constituent dans le lit du cours d'eau:

a) Si ce cours d'eau fait partie du domaine public, l'île est attribuée à l'Etat (art. 560);

b) En toute autre occurrence, elle est répartie entre les riverains qui en bénéficient par droit d'accession, suivant des règles indiquées dans l'article 561 : on trace, au milieu du cours d'eau, une ligne idéale sur laquelle on élève des perpendiculaires partant des limites des fonds riverains; chaque propriétaire a droit à la portion comprise dans le quadrilatère ainsi obtenu et correspondant à son fonds.

2° *Lit abandonné.* — Dans le système du Code civil, les propriétaires des fonds occupés par le nouveau lit prenaient, à titre de compensation, le lit abandonné; c'était une idemnisation *en nature* qui leur était accordée, et cela en toute occurrence, quelle que fût la nature juridique du cours d'eau.

Ce régime a été modifié par la loi du 8 avril 1898; on distingue désormais suivant la nature du cours d'eau.

a) S'il fait partie du *domaine public*, l'article 563 nouvelle rédaction donne simplement aux riverains du lit délaissé un droit de *préemption* pour les portions afférentes à leurs domaines respectifs, lesquelles sont déterminées comme s'il s'agissait de l'attribution d'une île formée dans le cours d'eau; faute par eux d'user de ce droit de préemption dans un délai de trois mois à dater d'une notification qui leur est adressée par le préfet, il est procédé à l'aliénation de l'ancien lit, selon les règles applicables aux aliénations des biens ressortissant au domaine de l'Etat. Dans tous les cas, le prix provenant de la vente est attribué aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau lit, dans la proportion de la valeur

du terrain enlevé à chacun d'eux : c'est le système de l'*indemnisation en argent* qui a été ainsi substitué, en 1898, à celui de l'*indemnisation en nature*.

b) Si le cours d'eau n'est *ni navigable ni flottable*, le lit abandonné appartient aux propriétaires riverains (L. 8 avril 1898, art. 3). En pareil cas, il faut observer : 1° qu'*il ne se produit aucune accession*, le lit appartenant déjà aux riverains alors qu'il était occupé par les eaux (même texte); 2° qu'en conséquence, les riverains du nouveau lit n'ont droit à aucune indemnité, ce qui est d'une justice très discutable; ils peuvent seulement, dans l'année qui suit le changement de lit, prendre les mesures nécessaires en vue du rétablissement de l'ancien cours des eaux (art. 5 de la loi).

§ II. — ACCESSION ARTIFICIELLE

1659. Généralités. — L'accession dite *artificielle*, ou, parfois, *industrielle*, est celle qui résulte du fait, du travail de l'homme; elle implique *œuvre humaine*, et cette œuvre peut consister dans une *construction* ou dans une *plantation*; nous raisonnerons de préférence, *brevitatis causa*, sur la première forme, étant entendu que les mêmes règles sont identiquement applicables à la deuxième.

L'ouvrage exécuté appartient, dans tous les cas, au propriétaire du sol dont la puissance d'absorption est, pour ainsi dire, infinie : « *superficies solo cœdit* » (*sup.*, n° 1348).

Lorsque le constructeur était propriétaire et du sol et des matériaux de construction, l'application de la règle « *superficies solo cœdit* » va toute seule. L'accession, si accession il y a, n'est nullement acquisitive (*sup.*, n° 1348). Mais il en va autrement si le principal et l'accessoire appartenaient à deux propriétaires différents; en dépit de cette particularité, le sol n'en exerce pas moins sa fonction attractive, les constructions ou plantations n'en sont pas moins juridiquement absorbées par lui; mais alors se pose la question de l'*indemnisation* du constructeur ou du planteur qui subit, du fait de ce phénomène juridique, une véritable *expropriation instantanée*; il est inadmissible que le propriétaire du sol s'enrichisse, sans cause, à ses dépens : c'est là le problème important que soulève l'accession artificielle, dans les cas où elle est véritablement acquisitive, où elle réalise un déplacement de propriété.

1660. Particularités. — Cette sorte d'accession diffère de l'accession naturelle, comme elle acquisitive, sur les deux points suivants :

1° D'abord, elle soulève, dans tous les cas, une question d'indemnisation; il peut en aller autrement, nous le savons, de l'accession naturelle (*sup.*, n° 1652);

2° De plus, elle implique une véritable incorporation de la chose accessoire dans la chose principale : une simple juxtaposition, un simple rapport d'affectation ne suffirait pas à déterminer l'accession. C'est ainsi qu'un propriétaire foncier aurait beau affecter au service de son domaine des meubles appartenant à autrui, ceux-ci n'en conserveraient pas moins leur caractère mobilier : nous le savons, l'immobilisation par destination ne saurait se réaliser qu'à l'intérieur d'un même patrimoine (*sup.*, n° 1353); au contraire, l'immobilisation par incorporation se produit sans égard à la personnalité de celui qui y procède et quand bien même la chose accessoire ne lui appartiendrait pas. C'est alors que se réalise l'accession artificielle et que s'élève le problème d'indemnisation qui en est le corollaire obligé, du moins lorsqu'elle est véritablement acquisitive.

1661. Deux éventualités distinctes. — Le Code civil distingue deux éventualités :

1° Le propriétaire du sol construit avec les matériaux d'autrui (art. 554);

2° Le propriétaire de matériaux les utilise pour construire sur le terrain d'autrui (art. 555).

Une troisième éventualité est concevable, celle où un individu construirait, sur le sol d'autrui, avec les matériaux d'autrui. On appliquerait alors distributivement les règles édictées pour les deux éventualités prévues par le Code.

I. *Premier cas : le propriétaire du sol a construit avec les matériaux d'autrui.* — L'éventualité n'est ni intéressante ni pratique, le constructeur étant alors très ordinairement protégé par la règle : *en fait de meubles, la possession vaut titre.* C'est seulement si le propriétaire des matériaux est en mesure de prouver la mauvaise foi de son adversaire que l'article 554 trouve à s'employer.

Aux termes de ce texte, le constructeur doit payer la valeur desdits matériaux, mais on ne saurait le contraindre à démolir. A supposer même que la démolition ait lieu, pour une cause ou pour une autre, l'ex-propriétaire de matériaux ne serait pas fondé à les revendiquer, du moins dans notre droit positif français : l'accession a fait son œuvre, définitivement, au profit du propriétaire du sol; il n'y a pas à revenir sur le fait accompli.

1662. — II. *Deuxième cas : un individu construit, avec des matériaux lui appartenant, mais sur le sol d'autrui.*

Généralités. — Le défendeur à la revendication, condamné à restituer l'immeuble revendiqué, avait effectué sur le fonds des ouvrages, constructions ou plantations. Cette situation spéciale ne se présume pas; tout au contraire, d'après l'article 553, « *toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé* ». Il s'agit donc d'une présomption simple, susceptible d'être combattue par tous les moyens possibles, même par des témoignages et si élevé que soit l'intérêt engagé dans le débat.

Le renversement de ladite présomption n'aura d'ailleurs nullement pour effet d'assurer au possesseur évincé la propriété des ouvrages effectués : le droit d'accession n'en fera pas moins son œuvre; les constructions et les plantations appartiennent au propriétaire du sol : *superficies solo cœdit*. Mais du moins le constructeur va-t-il pouvoir, ayant renversé la présomption de l'article 553, obtenir de son adversaire une satisfaction, une indemnité : quelles en seront la forme et l'étendue?

1663. Distinction entre possesseur de bonne foi et possesseur de mauvaise foi. Défectuosité de rédaction. — A lire le premier alinéa de l'article 555, on penserait que le propriétaire du sol a toujours le choix entre deux partis : l'*indemnisation en argent* ou bien l'*enlèvement des ouvrages*, c'est-à-dire entre la *réparation pécuniaire* et la *satisfaction en nature*. Telle était bien la solution contenue dans le projet primitif; mais le Tribunat estima qu'on ne saurait équitablement imposer au constructeur de bonne foi l'obligation de démolir; et ce point de vue détermina une distinction entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, distinction qui aurait dû logiquement entraîner un remaniement du texte du premier alinéa. Cependant, on n'en fit rien; on se contenta d'introduire une réserve, à la fin de l'article, au profit du possesseur de bonne foi que l'on soustrait expressément à la nécessité d'enlever les ouvrages par lui édifiés.

Cette manière de procéder donne au texte, dont les dispositions sont asymétriques, une allure boiteuse; tout au moins les dernières lignes précisent-elles la notion de la possession de bonne foi, en pareille matière : doit être considéré comme de bonne foi le possesseur qui, à raison de son erreur, *n'a pas été condamné à la restitution des fruits*,

donc celui qui « *possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices* » (art. 550; *sup.* n° 1408). Rien ne peut suppléer cette condition fondamentale, pas même la circonstance que les constructions avaient été élevées au su et avec l'assentiment du propriétaire du sol; malgré cette éventualité très favorable, le possesseur serait traité comme étant de mauvaise foi (Civ. 25 avril 1934, *S.* 1934, 1, 376). Un lien est ainsi expressément établi entre deux questions rendues connexes : restitution des fruits et indemnisation à raison des ouvrages effectués; il faut en conclure notamment que le titre putatif serait doué d'efficacité dans ces deux directions (*sup. ibid.*). Mais il y a lieu d'observer que la bonne foi, qui est requise à titre permanent et successif pour l'acquisition des fruits (*sup., ibid.*), ne s'apprécie, en ce qui concerne les constructions et plantations, qu'au jour où celles-ci ont été effectuées; la *mala fides superveniens*, qui ferait par la suite obstacle à l'acquisition des fruits par le possesseur, ne compromettrait aucunement la situation qui lui est assurée, une fois pour toutes, en ce qui concerne la satisfaction à laquelle il peut prétendre du fait des ouvrages par lui élevés sur le fonds.

1664. — Ces observations présentées, et étant rappelé qu'en cette matière comme partout *la bonne foi se présume* (art. 2268), nous distinguerons, avec l'article 555, suivant que les ouvrages ont été effectués par un possesseur de mauvaise foi ou par un possesseur de bonne foi.

1665. A. **Ouvrages effectués par un possesseur de mauvaise foi.** — Le propriétaire triomphant a le choix entre deux partis :

1° Il peut exiger la démolition et la remise des lieux en leur état primitif, aux frais du possesseur qui ne saurait réclamer de ce chef aucune indemnité et qui peut même, à l'occasion, être condamné à des dommages-intérêts envers le propriétaire dont la jouissance se trouve retardée et compromise du fait des travaux de démolition (art. 555, § 2);

2° Le propriétaire peut aussi — et c'est le second terme de l'option — conserver les ouvrages, mais à la charge pour lui d'indemniser complètement leur auteur qui a droit au *remboursement intégral de ses impenses*, sans égard à la plus-value qui en est résultée pour le fonds (art. 555, § 3);

1666. B. **Ouvrages effectués par un possesseur de bonne foi.** — Le propriétaire du sol exerce bien, dans ce cas

aussi, une option, mais différente de la précédente. *Il ne peut pas exiger la démolition* : il conserve les ouvrages moyennant une indemnité, laquelle est établie, à son choix, sur l'une des deux bases suivantes :

1° Soit d'après le montant des dépenses faites par le possesseur évincé (valeur des matériaux et prix de la main-d'œuvre) : c'est le système du *remboursement intégral*, tel qu'il fonctionne au profit du possesseur de mauvaise foi;

2° Soit, s'il le préfère, d'après la plus-value résultant, pour le fonds, des travaux effectués; et, pour évaluer l'importance de cette plus-value, on se place au jour de la dépossession (art. 555, *in fine*).

1667. Anomalie. — Il résulte des solutions précédentes que le propriétaire, *s'il désire conserver les ouvrages*, a intérêt à avoir en face de lui un possesseur de bonne foi, car il sera quitte en lui remboursant le montant de la plus-value, généralement inférieur à celui des impenses que le possesseur de mauvaise foi serait fondé à exiger de lui. On s'est demandé si, dans ces conditions, il ne pouvait pas traiter d'autorité son contradicteur comme possesseur de bonne foi, en lui interdisant d'arguer de sa mauvaise foi et en lui fermant la bouche à l'aide du vieux brocart : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Des auteurs ont approuvé cette attitude qui, cependant, est à condamner sans hésitation : 1. Dans l'espèce, le possesseur, en invoquant sa mauvaise foi, ne prétend nullement se soustraire à l'application de la loi; bien au contraire, il en revendique la stricte observance, et ce serait faire de la règle *nemo auditur*... un emploi abusif que de l'utiliser en vue d'évincer la disposition formelle de l'article 555, § 2, première partie; 2. D'ailleurs, si cette utilisation était licite, il en résulterait que le propriétaire jouirait, vis-à-vis du possesseur de mauvaise foi, d'une option à trois termes : démolition, indemnisation sur la base des mpenses, indemnisation sur la base de la plus-value. Or, il résulte de la contexture de l'article 555 que le législateur a voulu offrir au propriétaire une option à deux branches seulement.

Ce qui est vrai, c'est que, dans ce système, le possesseur de bonne foi est, en quelque mesure, plus mal traité que le possesseur de mauvaise foi, et c'est cette inélégance qui a incité les commentateurs à découvrir des accommodements comme celui que nous venons d'écarter; vainement rétorque-t-on que, vis-à-vis du possesseur de mauvaise foi, le propriétaire dispose d'une arme redoutable : l'ordre de

démolir, dont il pourra se servir comme d'une menace pour obtenir les meilleures conditions possibles; en réalité, une telle manière d'agir serait déloyale; elle constituerait une sorte de chantage, un *abus des voies de droit*; nous pouvons bien utiliser ces voies, ces moyens juridiques, pour obtenir notre dû, mais il nous est interdit d'aller au delà; or, ce qui est dû au possesseur de mauvaise foi, c'est l'indemnisation totale, et le propriétaire ne saurait se servir de la menace de démolition comme d'un levier en vue de peser sur la volonté de son adversaire et de se soustraire à une partie des obligations qui lui incombent envers celui-ci (L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, nos 39 et suiv., Comp. Maurice Picard, n° 269).

De toute façon, il faut donc reconnaître que le système de l'article 555 est inélégant et presque incohérent : l'initiative du Tribunat (*Sup.* n° 1663) eût nécessité une refonte du texte dont l'omission se fait lourdement sentir.

1668. Droit de rétention. — Tout au moins la jurisprudence refuse-t-elle le *droit de rétention* au possesseur de mauvaise foi alors qu'elle l'accorde au possesseur de bonne foi en vue de lui assurer le remboursement du montant de la plus-value (Req. 22 déc. 1873, *S.* 1874, 1, 12; *D. P.* 1874, 1, 241; 13 juill. 1903, *S.* 1904, 1, 21); c'est donc un double traitement de défaveur qui atteint l'usurpateur : ou bien il se voit dans l'obligation d'enlever les ouvrages; ou bien, si le propriétaire tient à les conserver, le droit de rétention ne garantit pas le remboursement des impenses.

1669. Portée d'application du système institué dans l'article 555. — Cette portée doit être précisée sur les deux points suivants : 1° à quelles personnes le système est-il applicable? 2° quels ouvrages suppose-t-il effectués?

A. *A quelles personnes le système de l'article 555 est-il applicable?* — La teneur de ce texte est favorable à une interprétation restrictive : il suppose que les ouvrages émanaient d'un *tiers* (al. 1), d'un *tiers évincé* (al. 3); il semble donc envisager le règlement de compte comme un épilogue de la revendication intentée par le propriétaire triomphant contre un tiers possesseur évincé; par suite, il serait sans application du moment qu'un rapport obligatoire préexisterait entre les deux intéressés à qui il enlèverait la qualité de *tiers*.

La doctrine est assez favorable à cette conception étroite (Aubry et Rau, Colin et Capitant); mais la jurisprudence

s'en écarte, avec raison à notre avis; remontant jusqu'au principe général dont l'article 555 consacre la mise en œuvre, c'est-à-dire jusqu'à cette idée de droit et d'équité que nul ne doit s'enrichir sans cause, injustement, aux dépens d'autrui, elle n'hésite pas à faire appel à cette disposition, même entre personnes précédemment unies par un rapport obligatoire; ainsi décide-t-elle pour les ouvrages émanant d'un *preneur ou d'un propriétaire sous condition résolutoire.*

1° *Ouvrages émanant d'un preneur.* — Pendant la durée du bail, un locataire ou un fermier élève des constructions ou procède à des plantations : quelle en sera la destinée? On distingue :

a) Si le contrat de bail a prévu de tels ouvrages qui ont été effectués en exécution d'une clause acceptée par les parties, il n'y a qu'à s'en tenir à la convention, laquelle fait la loi des contractants (Req., 15 juill. 1912, *motifs*, *D. P.*, 1914, 1, 28; Civ. 14 déc. 1921, *D. P.* 1925, 1, 111);

b) Si le contrat de bail est muet à ce sujet, l'article 555 devient applicable, avec cette précision que le preneur ne saurait être traité ainsi qu'un possesseur de bonne foi, puisqu'il a construit ou planté sur un terrain qu'il savait appartenir à autrui; la dernière disposition du texte lui est donc inapplicable. C'est comme un possesseur de mauvaise foi qu'il sera traité; l'article 1730 fournit d'ailleurs en ce sens un argument assez fort lorsqu'il impose au preneur l'obligation de restituer la chose, à l'expiration du bail, telle qu'il l'avait reçue jadis, ce qui implique pour lui le devoir, si le bailleur l'exige, de faire table rase des ouvrages effectués, et ce qui cadre parfaitement bien avec le système aménagé par l'article 555 pour les constructions élevées par un possesseur de mauvaise foi; dans ces conditions, ce système doit être appliqué intégralement; le bailleur choisira entre la démolition et l'indemnisation intégrale. Vainement objecterait-on que l'article 555 vise les ouvrages émanant d'un tiers et que le preneur n'a pas cette position vis-à-vis du bailleur auquel il était uni contractuellement : du moment que le bail ne prévoyait pas l'exécution des ouvrages effectués, le preneur, en y procédant, s'est comporté, non comme un contractant, mais comme un tiers (Req. 8 mai 1877, *S.* 1877, 1, 297, *D. P.* 1877, 1, 308, 1er août 1899, *D. P.* 1900, 1, 350).

Remarque. — Lorsque le bail ne prévoyait pas l'exécution des ouvrages, il est admis, en jurisprudence, que le droit d'accession du propriétaire ne se réalise qu'à l'expiration du bail (*Inf.* t. II, n° 1214); jusque-là, le droit de jouissance

du preneur fait obstacle à son fonctionnement, en sorte que le locataire ou le fermier peut enlever les constructions en cours de bail (Req. 8 mai 1877, précité), ou bien les vendre, les hypothéquer (Req. 13 fév. 1872, *S.* 1872, 1, 104, *D. P.* 1872, 1, 256; Civ. 11 août 1884, *S.* 1885, 1, 231).

1670. — 2° *Ouvrages émanant d'un propriétaire sous condition résolutoire.* — Un individu, propriétaire d'un fonds sous condition résolutoire, exécute des travaux; après quoi, la condition se réalise; une restitution s'impose; comment régler le sort des constructions édifiées dans ces conditions? Comment s'effectuera le règlement de compte entre les deux intéressés, le propriétaire d'hier et celui d'aujourd'hui? Parfois, la loi a réglé la difficulté (art. 843 et 859; 1659; 861; 1673; 2175). Mais que décider dans les cas non prévus par les textes? La jurisprudence, partant de cette idée que la condition résolutoire s'accomplit rétroactivement et que, par suite, l'ancien propriétaire est considéré, en droit, comme ne l'ayant jamais été, à aucun moment, applique, dans les rapports entre les intéressés, l'article 555, avec cette précision que *le propriétaire dont le droit est résolu est traité, en principe, comme un possesseur de bonne foi*, à moins cependant que la résolution ne lui soit imputable ou que les ouvrages n'aient été exécutés qu'après l'ouverture de l'instance. (Voy. sur ces différents points : Civ. 29 mars 1852, *D. P.* 1852, 1, 65; Req. 8 mars 1886, *D. P.* 1887, 1, 298, *S.* 1887, 1, 373; Douai, 12 janv. 1891, *D. P.* 1891, 2, 221; Besançon 17 mars 1897, *D. P.* 1898, 2, 211; Trib. civ. Seine, 26 déc. 1904, *D. P.* 1906, 2, 167.)

1671. Copropriétaire ; usufruitier ; emphytéote. — Au contraire, la disposition de l'article 555 est inapplicable aux ouvrages exécutés par un *copropriétaire*, lequel ne saurait évidemment être considéré comme un *tiers évincé* (Req. 20 déc. 1910, *D. P.* 1911, 1, 377, *S.* 1912, 1, 305); quant à ceux qui émanent d'un *usufruitier* ou d'un *emphytéote*, le sort en est réglé par des textes spéciaux (art. 599, *Inf.* n^{os} 1925 et suiv.; l. 25 juin 1902, art. 7, *Inf.* n° 1952).

1672. Résumé. — En somme, la jurisprudence applique l'article 555 du moment que les trois conditions suivantes sont réunies : 1° les travaux ont été exécutés par un *non dominus*; 2° ils ne l'ont pas été en vertu de la convention des parties; 3° la situation n'est pas réglée par un texte législatif spécial. Mais peu importe que les intéressés fussent préala-

blement unis par un contrat, si cet acte ne prévoyait pas l'exécution des travaux en question.

On le voit, l'article 555 acquiert ainsi un domaine d'application bien plus vaste que celui qu'on serait tenté de lui reconnaître après avoir pris lecture; mais ce domaine se resserre au contraire avec l'examen de la deuxième question annoncée.

1673. B. *Quels ouvrages l'article 555 suppose-t-il avoir été exécutés?* — Le texte vise les « *plantations, constructions et ouvrages...* ». On s'accorde à reconnaître que cette formule ne concerne que les *ouvrages nouveaux*, à l'exclusion des simples travaux d'amélioration; notamment, pour ce qui est des constructions, le législateur n'a eu en vue que les constructions neuves ou encore les additions à des constructions déjà existantes si elles en restent distinctes et peuvent en être séparées; de simples travaux de réparation, d'amélioration, de transformation même, échapperaient au statut de l'article 555 (Civ. 22 août 1865, *D. P.* 1865, 1, 358, *S.* 1866, 1, 153).

Sans doute, les travaux de cette dernière catégorie nécessitent, eux aussi, un règlement de compte, mais qui est dominé par la *théorie générale des impenses* au lieu d'être tributaire de l'article 555.

Ce n'est pas là une simple question de terminologie; entre les deux théories s'accusent des contrastes essentiels :

1° La théorie traditionnelle des impenses s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi (*Sup.* n° 1613); on sait qu'au contraire, cette distinction est à la base même du régime institué par l'article 555;

2° Dans la théorie des impenses, le propriétaire ne peut pas contraindre le possesseur évincé à enlever les ouvrages exécutés (sauf cependant pour ceux qui correspondent à des impenses dites voluptuaires, *Sup.* n° 1612); nous savons qu'à l'inverse la démolition peut être imposée au possesseur de mauvaise foi par application de l'article 555, alinéas 1 et 2;

3° Lorsque le propriétaire doit servir une indemnité au possesseur évincé, le calcul a lieu sur des bases différentes selon qu'on applique l'article 555 ou bien la théorie générale des impenses : notamment, la distinction des impenses en nécessaires, utiles et voluptuaires (*Sup.* n° 1612), est étrangère à l'esprit comme au texte de l'article 555.

Les intérêts de la distinction sont donc considérables; mais la distinction elle-même est-elle fondée? Oui; elle est esquis-

sée visiblement, au point d'être imposée, dans l'article 555 et par les termes comme par le sens général de cette disposition.

1° Ce texte consacre un cas d'*accession*, c'est-à-dire un cas d'acquisition par le propriétaire du sol des ouvrages dont il s'occupe et qui émanent du possesseur; encore faut-il donc qu'il s'agisse d'ouvrages susceptibles d'être acquis par accession, ce qui n'est pas le cas pour des travaux de réparation, de consolidation, de drainage, d'assèchement;

2° L'article 555 donne au propriétaire du sol le droit d'imposer au tiers constructeur de mauvaise foi l'enlèvement des ouvrages; encore faut-il que cet enlèvement soit matériellement possible; or, il ne l'est point pour les travaux que nous venons de supposer.

1674. Constructions qui empiètent sur le fonds voisin. — Il advient parfois que le propriétaire d'un fonds élève une construction qui empiète plus ou moins sur le domaine contigu; cette situation soulève un problème juridique fort embarrassant. Nous nous bornons à dégager les points certains.

1° La règle *superficies solo cœdit* s'applique même en cette occurrence; la partie de l'édifice qui repose sur le fonds voisin appartient au propriétaire dudit fonds : l'accession fait son œuvre accoutumée;

2° Il n'y a cependant pas indivision entre les deux propriétaires; il y a copropriété sans indivision; donc, le partage ne peut pas être imposé par l'un d'eux à l'autre;

3° Si le constructeur était de mauvaise foi, le voisin peut exiger la démolition par application de l'article 555 alinéas 1 et 2 (Req. 20 nov. 1912, *S.* 1913, 1, 198).

4° Si le constructeur était de bonne foi, — et il est présumé tel jusqu'à preuve du contraire — on ne saurait le contraindre à démolir : le voisin aura seulement droit à une indemnité calculée d'après les règles de l'article 555 (*Sic.* Civ. 19 juin 1934, *S.* 1935, 1, 51).

Section II. — ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR LA POSSESSION

(Occupation)

1675. Vue générale du sujet. — On sait déjà que la possession est à même de conduire à la propriété, ce qui est inévitable, puisque la propriété n'est elle-même qu'une possession d'une certaine qualité, une possession de choix.

La possession a donc nécessairement des *issues sur la propriété* qui sont au nombre de trois :

1° L'*occupation*;

2° La prescription dite acquisitive ou *usucapion trentenaire*;

3° La règle : *en fait de meubles la possession vaut titre.*

Mais nous savons que ces deux dernières institutions ne sont que rarement et accidentellement acquisitives; dans la pensée du législateur comme dans la réalité, elles fonctionnent au profit du légitime propriétaire à qui elles permettent de faire aisément la preuve de ses droits; c'est cette *fonction probatoire* qui doit être mise au premier plan, la *fonction acquisitive* n'étant que subsidiaire, accidentelle et épisodique (*Sup.* n^os^ 1567 et suiv.).

C'est donc seulement l'*occupation* qui doit retenir ici notre attention.

1676. Idée et réalisation de l'occupation. — L'*occupation*, où l'on voit le mode originaire par excellence d'acquérir la propriété (*Sup.* n° 1648), est un moyen d'acquérir une chose en s'en emparant *volontairement*, c'est-à-dire avec l'intention d'en devenir effectivement le propriétaire, en sorte que la volonté unilatérale crée alors le droit, et le droit le plus complet qui existe : *en mettant la main dessus*, comme l'écrivait Pothier, nous devenons maître de la chose.

Il résulte de cette définition que les *biens sans maître* sont la terre d'élection de l'occupation, car il ne saurait évidemment dépendre de notre volonté de nous approprier la chose d'autrui en nous en emparant. Mais existe-t-il, dans une vieille société comme la nôtre, des biens sans maître? Toutes les places ne sont-elles pas déjà prises? Et, dès lors, ne faut-il pas dire que l'occupation ne trouve plus d'aliment, qu'il s'agit là d'une institution périmée, sans réalité aucune?

On a soutenu qu'il en allait ainsi (Zachariæ) ; et l'on a cru en trouver la preuve irrécusable dans deux textes du Code civil, les articles 539 et 713, lesquels attribuent à l'Etat tous les biens vacants et sans maître, ce qui revient à dire qu'il ne saurait y avoir de biens sans maître, l'Etat se trouvant toujours à point nommé pour faire figure de maître, en sorte qu'on pourrait dire de lui : *fiscus post et ante omnes.*

Cette opinion ne compte plus de partisans : il est inadmissible que les rédacteurs du Code civil aient réglementé une institution absolument morte; quant aux articles 539 et 713, malgré leur apparente généralité, *ils ne visent que les immeubles.* Cette portée étroite résulte et des travaux préparatoires du Code civil — notamment d'une déclaration du tri-

bun Siméon — et de certains textes où l'on trouve des applications de l'occupation en matière mobilière (art. 715, 716 et 717).

Cependant, il est deux catégories de meubles qu'il faut mettre à part, comme réfractaires à l'occupation : ce sont d'abord les *universalités juridiques*, fussent-elles purement mobilières par leur contenu; on ne les acquiert pas en s'en emparant; notamment, les *successions en déshérence* échoient à l'Etat (art. 768); ce sont, aussi et surtout, les *droits intellectuels* : on n'acquiert pas des droits d'auteur en s'emparant, fût-ce légitimement, d'un tableau ou d'un manuscrit (Trib. civ. Seine, 15 nov. 1927, *D. P.* 1928, 2, 89, note Nast; *S.* 1928, 2, 137, note Chavegrin, et, sur appel, Paris, 6 mars 1931, *S.*, 1932, 2, 145, note F. Gény, *D. P.*, 1931, 1, 2, note Nast).

Cette triple élimination effectuée, en ce qui concerne les immeubles, les biens intellectuels et les universalités juridiques, notamment le patrimoine, il reste encore, pour l'occupation, un vaste domaine d'application; d'autant plus vaste que ce mode d'acquérir trouve à s'employer, 1° sur des choses non appropriées; 2° et aussi parfois sur des biens qui ont, sûrement ou vraisemblablement, un maître actuel.

§ I. — OCCUPATION DE CHOSES CERTAINEMENT NON APPROPRIÉES

1677. — Les biens visés dans cette rubrique sont les *res communes* et les *res nullius*.

I. Les *res communes*, dont nous avons précédemment donné une idée (*Sup.* n° 1328), n'appartiennent à personne afin que l'usage puisse en être commun à tous (art. 714). Toutefois, cette vue n'est exacte que si de telles choses sont considérées dans leur ensemble : l'eau de la mer, des fleuves navigables ou flottables, l'air du ciel. Mais ce n'est pas à dire que de tels biens ne soient pas susceptibles d'appropriation privée sous des quantités et dans des conditions déterminées; l'eau que j'ai puisée dans la rivière m'appartient privativement, par droit d'occupation (*Sup.* n° 1329).

1678. II. Les *res nullius*. — on peut les répartir elles-mêmes en deux catégories selon qu'elles n'ont jamais eu de maître ou bien qu'elles ont cessé d'en avoir un.

A. *Res nullius* n'ayant jamais eu de maître. — Cette rubrique englobe le *gibier* et le *poisson*. Le *chasseur* et le *pêcheur* acquièrent la propriété du gibier ou du poisson tué,

pêché ou capturé, en vertu du droit d'occupation, et sans distinguer selon que le chasseur a opéré sur son propre terrain ou sur le terrain d'autrui, et quand bien même il aurait chassé sans permis, ni suivant que le poisson a été pêché dans les eaux de la mer ou dans celles de rivières navigables ou flottables; mais l'occupation est sans application, tant aux poissons pêchés dans les eaux privées, lesquels restent la propriété du propriétaire desdites eaux, qu'à ceux qui vivaient dans les eaux de petites rivières sur lesquelles le droit de pêche est exclusivement réservé aux riverains (Loi 15 avril 1829, art. 2).

L'article 715 anonce que « *la faculté de chasser ou de pêcher est... réglée par des lois particulières* ». Celles-ci sont représentées actuellement, pour la *chasse*, par la loi du 3 mai 1844, modifiée par les lois du 22 janvier 1874, du 16 février 1898, du 3 avril 1922 et du 1er mai 1924; pour la *pêche fluviale*, par les lois du 15 avril 1829, du 6 juin 1840, du 22 janvier 1902; pour la *pêche maritime*, par les lois du 1er mars 1888 et du 24 décembre 1896.

La pêche maritime s'entend, non seulement du poisson, mais aussi de certains produits de la mer : *ambre*, *corail*, *varech*, *goémons*.

1679. — B. *Res nullius* n'ayant plus de maître. — Ce sont les *res derelictæ*, les choses *abandonnées* — et non pas simplement égarées —par leur propriétaire. Il est admis que cet abandon éteint le droit de propriété; comme, d'autre part, l'Etat n'est pas investi d'une vocation légale, *du moins pour ce qui est des meubles*, la chose abandonnée devient la proie du premier occupant.

L'industrie des *chiffonniers* trouve sa justification juridique dans cette fonction de l'occupation.

§ II. — OCCUPATION DE CHOSES QUI ONT OU QUI PEUVENT AVOIR UN MAÎTRE ACTUEL

Rentrent ou semblent rentrer dans cette catégorie : 1° le *trésor*; 2° les *épaves*; 3° le *butin* pris sur l'ennemi.

1680. I. Le trésor. Définition. — L'article 716 donne, dans son deuxième alinéa, une définition qui n'est pas tout à fait exacte : pour qu'une chose ait la position juridique d'un *trésor*, elle doit réunir trois conditions :

1° Elle doit être *mobilière*; ainsi l'exige, non le texte de l'article 716, mais la tradition telle qu'elle nous vient du droit romain en passant par l'ancien droit. Un immeuble ne

constitue jamais un trésor, au sens juridique du mot, et cela sans distinguer entre les biens immeubles par leur nature (gisements quelconques, Trib. civ. Uzès, 11 juin 1895, *D. P.* 1896, 2, 507; pavage en mosaïque, Req. 13 déc. 1881, *D. P.* 1882, 1, 55, *S.* 1882, 1, 255) et les meubles immobilisés par destination (statue de marbre placée dans une niche, Paris, 20 nov. 1877, *S.* 1878, 2, 293, *D. P.* 1878, 2, 197). C'est là un nouvel intérêt de la distinction des biens en meubles et immeubles;

2° La chose doit être *cachée* ou *enfouie* (art. 716, § 2), ce qui exclut les objets tombés à la surface du sol, mais ce qui englobe les objets contenus dans un meuble (tiroir d'un bureau ou d'un secrétaire, feuillet d'un livre);

3° Il faut que nul ne puisse justifier sur le meuble dont s'agit d'un droit de propriété. Sans doute, la chose a un propriétaire, et c'est en quoi elle diffère d'une *res nullius* (*Sup.* n° 1328); seulement, ce propriétaire est inconnu et il n'est pas croyable qu'on le connaisse jamais, et c'est en quoi le trésor se distingue de l'*épave* (*inf.* n° 1682).

Aucune autre condition n'est requise; il n'est nullement indispensable que le meuble présente le caractère d'une *antiquité* (Orléans, 6 sept. 1853, *S.* 1856, 2, 54; Limoges, 14 mai 1903, solut. implicite, *S.* 1904, 2, 196); il l'est encore moins que la découverte soit, comme l'exige par inadvertance l'article 716, le *pur effet du hasard* : le meuble enfoui ou caché n'en conserve pas moins son caractère de trésor, encore que des fouilles aient été entreprises dans le but de le découvrir : la circonstance visée par le texte a son importance pour l'*attribution* du trésor, mais elle n'en modifie nullement le caractère.

1681. Attribution du trésor. — Deux éventualités principales sont à distinguer :

1° *C'est le propriétaire du fonds qui fait la découverte*; le trésor lui appartient intégralement (art. 716, § 1), à notre avis, par droit d'accession, *jure soli* (*Sup.* n° 1655. Voy. cependant Alger, 20 mars 1912, *D. P.* 1913, 2, 86). L'ouvrier ou l'entrepreneur qui ont pratiqué des fouilles sur l'ordre du propriétaire et en vue de la découverte du trésor ne peuvent aucunement y prétendre : ils ont agi pour le compte d'autrui, ès qualités;

2° *La découverte est l'œuvre d'un tiers*, c'est-à-dire d'une personne qui n'est ni le propriétaire du fonds, ni son représentant à l'effet de rechercher le trésor.

Il faut alors sous-distinguer :

a) Si la découverte est *le pur effet du hasard*, le trésor est

partagé *par moitié* entre le propriétaire et l'inventeur, par exemple un ouvrier qui effectuait des travaux sans avoir la pensée ni la mission de découvrir un trésor (art. 716, § 1). Cet inventeur acquiert sa moitié par droit d'*occupation*.

b) Si, au contraire, le tiers a pris l'initiative des recherches en vue de la découverte, il résulte, *a contrario*, de la formule de l'article 716, § 2, qu'il ne peut émettre aucune prétention sur le meuble mis à jour. Il est considéré alors comme un indiscret qui s'est mêlé à tort des affaires d'autrui; afin de décourager les indiscrétions de ce genre, on attribue le trésor au propriétaire du fonds, pour la totalité. Seulement, il faut bien reconnaître que le motif même de cette solution serait de nature à faire hésiter si l'inventeur puisait, dans sa qualité d'usufruitier, ou même simplement de locataire, de fermier, un intérêt légitime à effectuer des recherches de ce genre.

1682. II. Les épaves. Généralités. — On entend sous le nom d'*épaves* toutes choses mobilières égarées par leur propriétaire; comme le trésor, elles ont un maître, et elles diffèrent en cela des *res derelictæ*, lesquelles sont *res nullius*; mais elles se rapprochent de celles-ci et elles se différencient du trésor en ce qu'elles ne sont ni cachées, ni enfouies; elles appartiennent d'ailleurs à un maître qui n'a nullement renoncé à ses droits et qui — nouvelle différence avec le trésor — se révélera sans doute un jour. C'est un portefeuille, un bijou ramassés dans la rue; ce sont des pièces de bois ou des bateaux qui suivent le fil de l'eau, emportés par le courant, ou encore c'est une somme d'argent dont l'origine demeure obscure (excédent de recettes effectuées par un employé de banque, Trib. com. Saint-Etienne, 8 nov. 1898, *D. P.* 1899, 2, 321).

A la différence du trésor et des *res nullius*, les épaves ne sauraient être attribuées sur-le-champ à l'inventeur, car on peut espérer découvrir le légitime propriétaire, lequel, bien que privé de la possession effective, conserve cependant ses droits; mais non pas indéfiniment. Un moment arrivera où il faudra bien liquider la situation, et la solution consistera à attribuer l'épave à l'inventeur, en propriété définitive; c'est en ce sens que l'acquisition des épaves peut être rapprochée, *très approximativement*, de l'acquisition par occupation.

1683. Précisions. — L'attribution des épaves s'effectue différemment selon qu'il s'agit d'épaves *maritimes*, *fluviales* ou *terrestres*.

A. *Epaves maritimes.* — Leur sort est encore régi par la grande ordonnance de 1681; elles appartiennent en principe à l'Etat, sauf le droit pour le propriétaire de les réclamer dans l'an et jour de la publication qui en est faite; sauf aussi, si la découverte a eu lieu en mer, le droit pour le sauveteur, c'est-à-dire pour l'inventeur, de prendre le *tiers* pour sa part.

B. *Epaves fluviales.* — Ce sont les objets recueillis dans les cours d'eau *navigables* ou *flottables*; l'édit d'août 1669 les attribue intégralement à l'Etat, sauf, pour le propriétaire, le droit de les réclamer dans un délai très bref : la vente a lieu dans le mois de la découverte; la réclamation doit se produire dans le délai d'un mois à dater de la vente. L'inventeur n'a aucun droit.

C. *Epaves terrestres.* — Ce sont les objets trouvés, soit sur la terre ferme, soit dans les petits cours d'eau ne ressortissant pas au domaine public; aux termes de l'article 717, § 2, le sort en est réglé par des *lois particulières*. De telles lois existent, en effet, mais pour des éventualités déterminées; il faut donc distinguer : 1° les cas spéciaux qui ont été directement réglementés; 2° le droit commun.

1684. Cas particuliers réglementés. — Des dispositions spéciales sont intervenues pour les *marchandises abandonnées dans les bureaux de douane* (L. 6 août 1791, titre IX, art. 2 et 5); pour les *objets confiés à des entrepreneurs de transports* (D. 13 août 1810, art. 1 et 5), ainsi que pour ceux qui sont abandonnés dans les *consignes des gares* (L. 7 mars 1932, étendant à ces objets les dispositions du décret du 13 août 1810); pour les *objets déposés dans les greffes des tribunaux* (Ord. 22 fév. 1829, art. 2); pour les *sommes versées à l'Administration des Postes*, lesquelles sont acquises à l'Etat à l'expiration d'un délai sans cesse abrégé par des lois successives (L. 30 janv. 1907, art. 31; L. de finances 30 juill. 1913, art. 24, modif. par L. 29 mars 1920, art. 16); les *objets abandonnés chez les hôteliers* (L. 31 mars 1896); les *objets abandonnés chez les ouvriers et industriels* (L. 31 déc. 1903); les *copies de tableaux abandonnées dans les musées* (L. 30 juill. 1913); les *dépôts de sommes d'argent*, et, d'une manière générale, *tous avoirs en espèces dans les banques*, lorsque ces dépôts ou avoirs n'ont fait l'objet, de la part des ayants droit, d'aucune opération ou réclamation depuis trente années; on les traite alors comme épaves, afin de les attribuer à l'Etat (L. de finances 25 juin 1920, art. 111, complétée par la loi budgétaire du 29 avril 1926, art. 35; *Inf.*, t. II, n° 999).

Nous rappelons d'autre part que certains animaux égarés appartiennent, par *droit d'accession*, au propriétaire du fonds de refuge (*sup.*, n° 1654).

1685. Droit commun. — Les difficultés surgissent en l'absence d'une réglementation ayant une valeur de principe et établissant nettement un droit commun.

1° Assurément, et bien que cette opinion ait trouvé des défenseurs, l'épave terrestre ne doit pas être attribuée à l'*Etat* comme *bien vacant et sans maître*; car elle a toujours un maître; les articles 539 et 713 demeurent donc ici sans application. Quant à la tradition dont on se prévaut en faveur de la thèse que nous combattons, elle est sans valeur aucune, le droit seigneurial aux épaves ayant été aboli par la loi des 13-20 avril 1791, titre I^er^, art. 7;

2° On ne peut songer davantage, et pour la première des raisons que nous venons d'indiquer, à attribuer l'épave à l'*inventeur*, sur-le-champ, et par droit d'*occupation* : le portefeuille tombé sur la voie publique continue d'appartenir à son légitime propriétaire, encore qu'un tiers s'en soit emparé;

3° En réalité, l'acquisition ne se réalise au profit de l'inventeur ou d'un sous-acquéreur qu'indirectement, par contre-coup, en suite de l'extinction, par la prescription, des droits du propriétaire de l'épave : il faut en revenir, soit à la prescription triennale de l'article 2279, § 2, soit au droit commun de la prescription trentenaire.

a) *A la prescription triennale*, 1° si l'épave est entre les mains d'un possesseur de bonne foi, donc d'un sous-acquéreur; 2° si l'inventeur a remis la trouvaille à l'autorité, conformément aux règlements, car on ne peut alors lui faire aucun reproche;

b) *A la prescription de trente ans*, dans tous les autres cas : 1° soit que l'épave fût demeurée entre les mains de l'inventeur, qui s'en était emparé purement et simplement; 2° soit qu'elle fût parvenue à un possesseur de mauvaise foi.

Les règlements auxquels nous venons de faire allusion sont : 1° certaines décisions ministérielles, entre autres une décision du ministre des Finances du 3 août 1825; 2° des règlements municipaux, intervenus dans toutes les villes importantes : ils imposent à l'inventeur l'obligation de la déclaration de la trouvaille et de son dépôt qui est effectué au *bureau des objets trouvés*; après un an et faute de réclamation de la part du propriétaire, les objets sont remis à l'inventeur, auteur du dépôt. Mais il n'empêche, à notre avis du moins, que la victime de la perte peut revendiquer son

bien aussi longtemps que la prescription triennale de l'article 2279, § 2, n'est pas expirée; des règlements, ministériels ou municipaux, ne sauraient abroger une disposition législative.

1686. Remarques. — Observons en terminant :

1° Qu'en aucun cas, l'inventeur d'une épave ne l'acquiert sur-le-champ, par voie d'occupation véritable, mais seulement après l'expiration d'un certain délai et, généralement, l'accomplissement de certaines formalités;

2° Que l'inventeur qui s'approprie purement et simplement une épave, au lieu de la remettre à l'autorité, engage lourdement sa responsabilité; il encourt l'accusation d'avoir soustrait frauduleusement la chose d'autrui, c'est-à-dire l'accusation de *vol* (C. pén., art. 379).

1687. III. **Le butin pris sur l'ennemi.** — La capture des biens pris sur l'ennemi était considérée, jadis, comme un mode légitime d'acquérir, alors même qu'elle eût été le fait d'une armée d'invasion faisant main basse sur les meubles appartenant aux habitants des régions envahies : pendules, victuailles, bouteilles de vin de Champagne, meubles meublants. Aujourd'hui, et depuis les progrès du droit international, cette pratique a nom : le *pillage*. La guerre internationale se livre entre Etats, non entre particuliers; c'est donc l'Etat capteur seul, et non les soldats envisagés *ut singuli*, qui peut acquérir du butin ou du territoire par *droit de conquête*.

Voyez cependant, pour les *prises maritimes*, la loi du 15 mars 1916 et la déclaration de Paris du 16 avril 1856.

Section III. — ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR CONVENTION

1688. Position de la question. — Pour que la question de l'*effet translatif* des conventions puisse se concevoir, il faut supposer :

1° Une convention *tendant* à cet effet translatif, s'acheminant, plus ou moins rapidement, vers un transfert de propriété, telle une *vente*, un *échange*, une *donation*. Il est évident qu'un contrat de *bail*, par exemple, ne sera jamais translatif, puisque les parties n'ont nullement entendu que la propriété de la chose louée fût déplacée;

2° Il faut supposer, en outre, que l'objet de la convention soit déterminé dans son individualité même, qu'il soit à l'état de *corps certain*, en sorte que l'acquéreur puisse dire :

ceci m'appartient. La propriété est un droit trop complet, trop intense pour qu'il puisse affecter des choses déterminées seulement *in genere* : tant d'hectolitres de blé; tant d'hectares de terre à prendre dans tel domaine, dans telle région : le contrat ainsi libellé serait bien productif d'obligations; il ne serait pas, on ne concevrait pas qu'il fût translatif de propriété;

3° Enfin, il est de toute nécessité que l'acte émane d'un propriétaire; s'il est consenti par un *non dominus*, il ne saurait évidemment être par lui-même translatif, nul ne pouvant transmettre des droits qu'il n'a pas.

1689. — Nous supposons désormais un contrat réunissant les trois caractéristiques susindiquées : il s'agit, par exemple, de la vente, par son propriétaire, d'une automobile déterminée, de la donation, par son propriétaire, de tel immeuble : le déplacement de propriété est-il immédiat? Intervient-il en conséquence directe du contrat?

1690. Deux points de vue : Parties contractantes; tiers. — Notre législation envisage le problème sous deux angles différents : 1° entre les *parties à l'opération* — et les personnes assimilées, notamment les héritiers; 2° à l'égard des *tiers*.

Il est certain que la question se présente sous un jour différent selon qu'on la situe à l'intérieur du premier cercle d'intéressés ou qu'on l'étend jusqu'aux confins du deuxième : les parties ont signé la convention; elles en connaissent donc les termes; rien ne semble s'opposer à ce que l'accord produise, vis-à-vis d'elles et sur-le-champ, tous les effets dont il est susceptible, y compris l'effet translatif; mais tout autre est la situation des tiers, lesquels n'ont point été mêlés à l'opération : ne serait-il pas illogique et injuste de leur en faire sentir les effets, favorables ou défavorables, aussi longtemps qu'ils n'auront point été portés à leur connaissance? On peut donc admettre un système législatif dans lequel, par exemple, la vente d'immeuble serait, par elle-même, translative de propriété vis-à-vis des parties, dans leurs rapports respectifs, mais non point à l'égard du public; tel est précisément le système de notre droit civil positif français, et telle est donc la distinction qui servira de plan à cette étude consacrée :

1° Au transfert de la propriété *inter partes*;
2° Au transfert de la propriété à l'égard des *tiers*;
3° Enfin, aux actes émanés *a non domino*.

§ I. — TRANSFERT CONVENTIONNEL DE LA PROPRIÉTÉ « INTER PARTES »

1691. Principe actuel. — Dans notre droit, et depuis le Code civil, le principe est que les contrats, lorsqu'ils portent sur des corps certains, sont *par eux-mêmes translatifs de propriété*; ils ne produisent pas seulement des obligations; ils déplacent la propriété qui va aussitôt de l'aliénateur à l'acquéreur; vendre ou donner, c'est aliéner; acheter ou accepter une donation, c'est acquérir, sur-le-champ; on atteint donc directement le but visé, sans intermédiaire aucun et indépendamment de toute formalité particulière, sans qu'il soit besoin d'effectuer la tradition de la chose ni la transcription ou même l'enregistrement de l'acte écrit (Civ. 9 déc. 1930, *S.*, 1931, 1, 104).

1692. Genèse du principe. — Ce n'est pas aisément qu'on en est arrivé là : l'esprit juridique est allé du composé au simple.

1° A Rome, les contrats étaient seulement productifs d'obligations; le vendeur était tenu de transférer la propriété à l'acheteur et il s'acquittait de cette obligation par l'accomplissement d'un acte distinct de la vente, ordinairement par une *tradition*;

2° Mais il advint qu'on s'ingénia à tourner ce formalisme gênant : on inventa dans ce but des stratagèmes de praticiens, on biaisa avec la rigueur du droit civil. A la tradition *effective*, on s'appliqua à substituer une tradition *feinte*, qui était faite sur le papier, ou du bout des lèvres, sans déplacement matériel de la chose aliénée, sans livraison véritable. On utilisait dans ce but les clauses du *constitut possessoire*, de la *tradition* brevi manu.

Dans notre ancien droit, on eut recours aux mêmes procédés, sous des noms parfois différents, notamment à la clause dite de *dessaisine-saisine* : l'aliénateur, par exemple le vendeur, déclarait se démettre de la possession de la chose vendue pour en investir l'acquéreur : cette tradition simulée produisait tous les effets d'une tradition effective; nous avons, sur ce point, le témoignage de nombreux auteurs, entre autres celui de Loysel : « *Dessaisine-saisine faite en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à la tradition et délivrance de possession.* » Et comme ladite clause était régulièrement insérée dans l'acte de la vente, comme elle était devenue de style, on comprend qu'au témoignage du même auteur : « *L'on n'a pas plutôt vendu la chose qu'on n'y a plus*

rien. » Mais il n'en restait pas moins que l'insertion d'une telle clause était indispensable pour que l'acheteur fût rendu aussitôt propriétaire; la règle séculaire d'après laquelle les contrats sont seulement productifs d'obligations demeurait théoriquement exacte, encore que bien peu vivante.

1693. — 3° Le mérite du Code civil fut de faire un nouveau pas en avant en supprimant la nécessité de la tradition feinte, de la clause de dessaisine-saisine, devenue de style; désormais, *cette clause est sous-entendue*; plus n'est bsoin de l'insérer dans l'acte.

Cette réforme fut réalisée avec l'article 1138, § 1, dans des termes assez obscurs et qui fussent demeurés énigmatiques s'ils n'étaient point éclairés par l'histoire : « *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes* »; *parfaite*, c'est-à-dire *consommée*; elle s'exécute d'elle -même, automatiquement, si bien que le but poursuivi par les parties, à savoir le déplacement de la propriété, est aussitôt réalisé. Le doute sur la signification de cette formule est levé : 1° par le deuxième alinéa du même texte, aux termes duquel cette obligation de livrer « *rend le créancier propriétaire... encore que la tradition n'en ait point été faite* », ce qui exclut la nécessité de toute tradition, effective ou simulée; 2° par l'article 711, d'après lequel « *la propriété des biens s'acquiert et se transmet... par l'effet des obligations* ».

1694. Point de vue théorique des rédacteurs du Code civil. — Les formules que nous venons de reproduire et qui sont empruntées à l'article 1138, alinéas 1 et 2, ainsi qu'à l'article 711, font saisir sur le vif la pensée constructive à laquelle ont obéi les rédacteurs du Code civil : pour eux, les contrats sont toujours productifs d'une obligation de donner; c'est un hommage qu'ils rendent à une tradition plus de vingt fois séculaire; seulement, cette obligation est réputée exécutée aussitôt qu'elle est apparue : sa naissance est le signal de son extinction; la tradition, d'abord immatérialisée, idéalisée par les clauses du constitut possessoire, ou de dessaisine-saisine, est sous-entendue par le législateur; mais elle est censée toujours exister : il faut avoir des égards pour les fantômes; l'acquéreur devient propriétaire « *sans qu'il soit besoin d'autre tradition* » (art. 938), c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de s'en expliquer sous une forme et en des termes quelconques : on aboutit à la réalité par la superposition d'une double fiction.

1695. Intérêt pratique de cette construction juridique. — Il n'est pas indifférent de constater que tel a été le *processus* technique suivi au cours des siècles; puisque l'effet translatif des contrats a été obtenu par des procédés d'ordre conventionnel, il faut en conclure qu'il est lui-même purement interprétatif de la volonté des parties; puisque le législateur de 1804 s'est borné à sous-entendre, dans l'article 1138, la clause de dessaisine-saisine, c'est qu'il n'a point entendu conférer à la fonction translative des contrats un caractère d'ordre public; libre aux parties d'y déroger, de stipuler que, par dérogation à la règle, tel contrat, par exemple telle vente, ne déplacera pas par elle-même la propriété et que cet effet juridique sera ajourné jusqu'à telle date (Comp. civ. 8 juin 1904, *D. P.*, 1904, 1, 455; 31 oct. 1928, *D. H.*, 1928, 591). La solution ne fait aucun doute; mais des difficultés peuvent surgir dans l'application.

1696. Vente à terme. — La question se pose surtout pour les contrats dans lesquels un terme a été fixé *pour la livraison*, par exemple dans une vente à terme et spécialement dans la *vente à livrer* portant sur un corps certain. On se demande si le transfert de propriété a lieu immédiatement, ou s'il n'est pas différé jusqu'à l'arrivée du terme; au fond, il s'agit d'interpréter la volonté des parties, étant entendu que cette volonté est ici toute-puissante : la concession d'un terme pour la livraison doit-elle, dans leur pensée, entraîner l'ajournement du transfert de propriété? Il en sera fait selon leur volonté; seulement, il faut bien reconnaître qu'en l'absence de point de repère particulier, cette volonté sera difficile à dégager, si bien que la question de fait se transformera alors en une question de droit : les partisans de l'ajournement du transfert de propriété invoquent la formule de l'article 1138, § 2 : l'obligation de livrer « *rend le créancier propriétaire... dès l'instant où elle* (la chose) *a dû être livrée...* »; or, par suite de la concession d'un terme au vendeur, la chose ne doit être livrée qu'ultérieurement; c'est donc que le transfert de propriété ne s'accomplira qu'à l'expiration du délai imparti. Mais, en sens inverse, on rappelle que le terme suspend l'exécution et non pas la naissance même du droit; c'est donc le jour de la vente que l'obligation de livrer est née et qu'elle existe; et c'est dès ce jour également que le transfert de propriété est opéré (V. l'arrêt du 31 oct. 1928).

1697. Droit comparé. — Le principe de l'effet translatif des conventions, *inter partes*, est loin de faire partie inté-

grante du *droit commun législatif* : s'il est accepté par le Code civil *italien* (art. 1125), il est répudié par nombre de législations; non pas qu'elles exigent en général une livraison, une tradition de la chose aliénée; mais elles établissent certaines *formalités de publicité* dont l'observation est indispensable pour que le transfert de propriété s'effectue *même dans le cercle des parties*; il en va ainsi en *Allemagne* et en *Suisse*; nous exposerons ce système en parlant des *livres fonciers*, à propos du transfert de propriété *à l'égard des tiers* auquel nous arrivons maintenant. Mais il importe de remarquer dès maintenant qu'en *Alsace* et en *Lorraine*, et bien que ce régime des livres fonciers soit demeuré en vigueur, la loi du 1er juin 1924 dont les dispositions ont été prorogées par celle du 23 décembre 1934 (art. 1er), a fait prévaloir le principe du transfert de propriété *inter partes* par le seul effet du consentement, même en matière immobilière (art. 40).

§ II. — TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ À L'ÉGARD DES TIERS

1698. Nécessité d'un régime de publicité. — Situé dans ce cadre élargi, le problème du transfert de la propriété se présente sous un tout autre aspect qu'à l'intérieur du cercle restreint des parties contractantes et de leurs héritiers : il s'agit de savoir si la propriété va se transmettre de main en main *clandestinement*, si les changements de propriétaires vont être opposables à tous encore qu'occultes, ou si, au contraire, le public n'est pas fondé à les ignorer, à les considérer comme non avenus tant qu'ils n'ont pas été portés à sa connaissance.

C'est dans la seconde solution que réside la vérité : 1. Vérité *juridique* : la propriété, droit réel, opposable à la collectivité tout entière, ne peut pas naître et rayonner à son insu; comme la loi tout court, la loi contractuelle doit être publiée, du moment que l'observation en est imposée à tous. 2. Vérité *sociale et pratique* : il y va de la sécurité même des transactions et de la vie juridique du pays. Si la propriété pouvait être transmise subrepticement et de façon opposable à tous, on n'aurait jamais la certitude de traiter avec le propriétaire actuel de la chose, objet du contrat : sans doute, on pourrait, grâce à la combinaison des titres et de l'usucapion, s'assurer qu'on a en face de soi un des propriétaires successifs, *mais non pas le propriétaire actuel;* or, en pareille matière, c'est la situation juridique actuelle qui importe, non celle d'autrefois. Primus qui me propose de me ven-

dre telle maison, vient peut-être déjà de la vendre à Secundus; si cette dernière opération m'est opposable encore que clandestine, j'aurai traité avec un ex-propriétaire, avec un *non dominus*, j'aurai acheté la chose d'autrui et je devrai m'incliner devant les droits antérieurs de Secundus. Même remarque, *mutatis mutandis*, pour le cas où une hypothèque me serait offerte par Primus, sur ce même immeuble, en garantie d'un prêt par exemple : cette hypothèque n'est valable qu'à la condition d'émaner du propriétaire de l'immeuble sur lequel elle est établie; or, avec un régime de clandestinité des aliénations, ce propriétaire ne saurait être identifié au moment voulu; nul n'aurait la possibilité de saisir les anneaux d'une chaîne dont le mouvement circulatoire serait *souterrain*; il faut, de toute nécessité, que ce mouvement devienne *apparent*, et c'est à l'aide d'un régime de publicité que ce résultat peut être obtenu.

1699. Distinction entre les meubles et les immeubles. — Le problème de la publicité des aliénations ne revêt pas le même aspect en matière mobilière et pour la propriété foncière; en ce qui concerne les meubles, sa solution est à la fois *plus difficile* et *moins urgente*.

1° *Plus difficile* : car un régime de publicité ne peut fonctionner qu'à la condition de porter sur des biens susceptibles d'identification; il faut annoncer au public que *telle chose* vient de changer de main. Or, la plupart des meubles sont difficiles, voire impossibles à identifier : vainement informera-t-on le public que Primus a vendu ou a donné un bijou à Secundus; le public n'en sera pas plus avancé, car il ne saura pas de quel bijou il s'agit.

2° *Moins urgente*. D'abord parce que bon nombre de meubles présentent une valeur minime; ensuite et surtout parce que la *possession* joue, en pareille matière, un rôle de *publicité* : étant donné la maxime : *en fait de meubles...*, nous sommes autorisés à croire que la personne qui est en possession d'un bien corporel mobilier en est aussi le propriétaire; grâce à cette connexité étroite entre les deux notions, de possession et de propriété, les aliénations mobilières perdent leur caractère clandestin, et la propriété acquiert, en pareille matière, une *visibilité*, donc une *sécurité* suffisante.

1700. Plan. — Le contraste que nous venons de souligner entre les *immeubles* et les *meubles* nous conduit à examiner séparément le problème de la publicité pour les uns et pour les autres.

I. Publicité des aliénations immobilières

RÉGIME DE LA TRANSCRIPTION

1701. Sources et plan. — Les textes principaux qui régissent la matière sont actuellement les suivants que nous enregistrons dans l'ordre chronologique :

Code civil, article 939 à 942 (donations entre vifs); 1069 à 1074 (substitutions); 2180, 2181, 2189 et s.; 2200;

Loi du 23 mars 1855 *sur la transcription en matière hypothécaire*;

Loi du 13 février 1889 *portant modification de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855* (hypothèque légale de la femme);

Loi du 24 juillet 1921 *portant suppression du registre de la transcription*, suivie des décrets du 28 août et du 6 octobre de la même année;

Décret-loi du 8 août 1935, *relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, articles 20 et suiv.

Décret-loi du 30 octobre 1935, *modifiant le régime de la transcription*;

Décret du 11 mars 1936 étendant à l'Algérie l'application du précédent décret.

Pour la *réglementation fiscale*, on doit se reporter surtout à la loi du 27 juillet 1900 et au décret du 27 décembre 1934 *portant codification en matière d'enregistrement*, art. 761, 762 et 767 (ce dernier texte complété par l'art. 6 du décret-loi du 30 oct. 1935). Nous étudierons :

1° L'*histoire* de la publicité des aliénations immobilières;

2° Le *régime actuel*, qui est celui de la *transcription*;

3° Les *lacunes* de ce régime, les *réformes* à réaliser et celles qui sont déjà effectuées à *l'étranger*.

1702. I. Histoire de la publicité des aliénations immobilières.

A. *Droit romain.* — La part dévolue au droit romain dans l'édification d'un régime de publicité des actes destinés à transférer la propriété, est modeste au point d'être jugée quasi inexistante. Le principe était que la propriété se déplaçait, pour les tiers comme pour le public, en dehors de toute formalité de publicité.

Il y a seulement lieu de noter :

1° Que, dans le droit ancien, le transfert s'effectuait par des procédés — *mancipation*, *in jure cessio* — qui donnaient à l'événement un certain caractère de notoriété. Mais cette publication indirecte et involontaire disparut en grande partie lorsque la tradition eut supplanté les procédés archaïques

de transfert, et tout à fait lorsque la tradition réelle fut elle-même reléguée pratiquement au second plan par une tradition feinte qui n'apparaissait pas extérieurement;

2° Il est vrai que, sous le Bas-Empire, les donations, mobilières ou immobilières, furent soumises à la formalité de l'*insinuation*, c'est-à-dire de la reproduction de la teneur de l'acte sur un registre public; mais cette institution ne répondait à aucune préoccupation de publicité, puisqu'elle était requise, même entre les parties et à peine de nullité de la donation dont elle était destinée à assurer la preuve, au grand profit du donataire qui échappait ainsi au risque du repentir du donateur.

1703. B. — *Ancien droit français.* — La contribution de notre ancien droit à l'élaboration d'un système de publicité, quoique imparfaite et fragmentaire, fut plus substantielle que celle du droit romain.

1° Antérieurement à la renaissance du droit romain, la publicité des aliénations immobilières était réalisée, sans qu'on l'eût cherchée, par les principes mêmes qui étaient à la base de la hiérarchie foncière de la *féodalité*; l'acquéreur d'une terre, fief ou censive, recevait du suzerain une *investiture, un ensaisinement* qui supposait l'accomplissement de certains rites, de certaines formalités symboliques qui enlevaient à l'opération tout caractère clandestin.

Seulement, la situation fut modifiée du tout au tout avec le déclin, puis l'écroulement de la féodalité; sous l'influence du droit romain renaissant, auxiliaire du développement du pouvoir royal, les légistes font prévaloir le principe que « *nul ne prend saisine qui ne veut* »; et les actes transfèrent la propriété clandestinement, dans la nuit, comme au temps des prudents;

2° Cependant, certaines régions échappèrent à l'infiltration du droit romain et conservèrent l'institution féodale de l'ensaisinement, mais en la faisant servir à la poursuite d'un but nouveau : la publicité des actes translatifs. Ce furent les *pays de nantissement*, dans lesquels l'acte translatif était sujet à inscription sur un registre public, tenu au greffe de la justice compétente; en dehors de cette formalité, la propriété n'était pas déplacée, du moins au regard des tiers, peut-être même *inter partes*. Ce système était en usage dans les *Flandres*, le *Luxembourg*, les *Pays-Bas*, tous pays de nantissement. D'autre part, la Bretagne pratiquait le système de l'*appropriance par bannies* qui réalisait, lui aussi, une publicité effective;

3° Sous l'influence du droit romain, les *donations*, mobi-

lières ou immobilières, devinrent sujettes à *insinuation*, c'est-à-dire à enregistrement dans les greffes des cours de justice.

A cela devait se borner l'œuvre de notre ancien droit; la Royauté tenta bien, à maintes reprises, d'étendre le domaine de l'insinuation aux actes à titre onéreux — édits de 1553, de 1703 — mais ses efforts se brisèrent contre l'opposition de la noblesse et la résistance des Parlements.

Ainsi, au moment où éclate la Révolution, les transferts de propriété sont toujours occultes, sauf : 1° *dans toute la France*, le tempérament de l'*insinuation*, mais pour les *donations* seulement; 2° dans les *pays dits de nantissement*, la formalité de l'inscription au greffe de la justice, pour tous les actes translatifs de propriété immobilière.

1704. — C. *Droit intermédiaire.* — Le Directoire eut l'immense mérite de réaliser d'un seul coup et de façon heureuse la réforme depuis longtemps entrevue : une loi du 11 brumaire an VII, véritable code hypothécaire, institua la formalité de la *transcription* des actes translatifs de propriété immobilière, sur des registres publics, à la *conservation des hypothèques* : jusque-là, jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, l'aliénateur conservait, au regard des tiers, la propriété de l'immeuble, et cela sans distinguer selon que l'aliénation avait eu lieu à titre onéreux ou à titre gratuit; le système avait un caractère de généralité qui n'en constituait pas le moindre mérite.

D'ailleurs, l'*insinuation* était toujous requise, pour la *donation*, en outre de la *transcription*.

1705. — D. *Le Code civil.* — Il aurait suffi d'intégrer dans cette œuvre les dispositions excellentes de la loi du 11 brumaire an VII. Mais le système de la clandestinité, fort d'une routine séculaire et de l'autorité qui s'attachait à la « raison écrite », comptait des défenseurs; la lutte s'engagea entre « anciens » et « modernes »; elle fut vive à ce point que le dénouement en fut différé à plusieurs reprises; on se tira d'affaire par des renvois successifs dont on trouve le témoignage dans l'article 1140, à propos du transfert de la propriété par convention, puis dans l'article 1583, à l'occasion de la vente; lorsqu'on arriva au titre des hypothèques, il fallut cependant prendre parti; la section de législation du Conseil d'État proposa une rédaction qui consacrait les idées modernes de publicité; l'article 91 du projet, qui réalisait cette réforme, fut l'objet d'une ardente discussion à la suite de laquelle il fut renvoyé à la section de législation; comme

il arrive souvent en pareil cas, ce renvoi valut condamnation; le texte disparut à jamais, sans laisser de traces (FENET, t. XV, pp. 346, 386 et suiv.); si bien qu'au lendemain de la promulgation du Code civil la question se posa de savoir si on avait voulu ou non exiger la transcription pour l'opposabilité aux tiers des actes translatifs de propriété immobilière.

L'affirmative comptait d'assez nombreux défenseurs qui arguaient de certaines dispositions du Code se référant à la transcription : articles 2180, 2181, 2189, 2108, 2198, 2199, 2200; notamment, il résultait, et il résulte encore de l'article 2181, que l'acquéreur qui veut libérer l'immeuble des hypothèques qui le grèvent — procédure de la *purge des hypothèques* — doit d'abord faire transcrire son titre (*inf.*, t. II, n° 1921). Mais ces allusions sporadiques à la transcription s'expliquaient suffisamment par les flottements qui s'étaient produits au cours des travaux préparatoires et surtout par cette circonstance que le projet primitif avait été établi sur la base de la transcription.

1706. — La controverse fut d'ailleurs de courte durée; elle prit fin avec la promulgation du Code de procédure dont l'article 834 suppose, implicitement mais très nettement, que les actes transfèrent par eux-mêmes la propriété immobilière, même vis-à-vis des tiers, et indépendamment de la transcription; il ne permet, en effet, à un créancier hypothécaire d'inscrire son hypothèque sur le précédent propriétaire qu'autant qu'elle aurait été constituée antérieurement à l'aliénation effectuée (et non pas antérieurement à la *transcription* de cette aliénation, ainsi que l'on déciderait — et que l'on décide actuellement — dans un régime de publicité).

La cause était donc entendue : le droit romain l'emportait, une fois encore, sur le droit national. Les résultats dépassaient en incohérence tout ce qu'il était permis de redouter.

1° Les déplacements de propriété demeuraient clandestins, d'où insécurité de la propriété immobilière et du crédit foncier;

2° L'égalité était rompue entre *acquéreurs* et *créanciers hypothécaires*, les premiers étant dispensés de toute transcription de leur titre, les seconds étant assujettis à l'inscription de leurs droits : à leur égard, le système de la loi de brumaire avait été maintenu;

3° Ce n'était pas toutes les aliénations qui étaient dispensées de publicité, mais seulement les *aliénations à titre onéreux*; quant aux *donations*, elles devaient être transcrites

lorsqu'elles portaient sur des biens susceptibles d'hypothèques (art. 939).

Il était difficile d'accumuler un plus grand nombre d'imperfections et de contradictions : et ce régime devait être maintenu pendant un bon demi-siècle!

1707. — E. *Les réformes postérieures au Code civil.* — Le Code de procédure civile avait institué et réglementé une transcription d'un ordre spécial, celle de la *saisie immobilière* (C. pr., art. 678 et suiv.).

Mais c'est la *loi du 23 mars 1855* qui, renouant la tradition du droit révolutionnaire, a rétabli la transcription avec le caractère que lui avait attribué le législateur du 11 brumaire an VII, et dans un domaine plus large, en ce sens du moins qu'elle régit, non seulement les actes translatifs de propriété immobilière — les seuls qui nous intéressent pour l'instant — mais aussi les actes constitutifs de *démembrements* de la propriété immobilière — *usufruit immobilier, servitudes, antichrèse, usage, habitation* — voire même certains actes simplement productifs d'obligations.

Ultérieurement, il est arrivé que plusieurs lois ont soumis à la transcription des actes qui, sans être translatifs, intéressent néanmoins le régime de la propriété : l. 31 décembre 1913, article 1, sur *les monuments historiques*, qui ordonne la transcription de l'*arrêté de classement*; l. 12 juillet 1909, article 9 sur le *bien de famille*, qui veut que soit transcrit l'*acte constitutif* dudit bien.

Plus récemment, une loi du 24 juillet 1921 est venue modifier les formes de la transcription en supprimant prétendument le registre, en réalité en en modifiant le mode de constitution; des décrets sont intervenus à la date du 28 août 1921 et du 6 octobre de la même année pour la mise en application de ladite loi. Depuis cette réforme, et comme nous le verrons, la transcription ne mérite plus son nom qui n'a été conservé que par la force des habitudes de langage.

1708. — Dans ces dernières années, la matière de la transcription a été remaniée, complétée et bouleversée par un *décret-loi du 30 octobre 1935, modifiant le régime de la transcription*; par cette réforme, le Gouvernement a voulu déceler et conjurer « des fraudes qui privent chaque année le Trésor de ressources importantes », en même temps qu'il s'est proposé « d'assurer une plus grande sécurité dans les transactions d'immeubles et d'établir avec plus de certitude les origines de la propriété, en vue d'un meilleur fonctionnement du régime des hypothèques et d'une mise à jour

plus précise du cadastre » (Rapport du président du Conseil au président de la République).

Trois ordres de mesures principales sont prises par le décret-loi en vue de réaliser les objectifs poursuivis :

1° Le domaine de la transcription est élargi; de nombreux actes qui échappaient à cette formalité y sont désormais soumis et ne deviennent opposables aux tiers qu'à la condition d'avoir été publiés;

2° L'acte sujet à transcription doit, au préalable et s'il n'est pas authentique, être « *déposé au rang des minutes d'un notaire* » dans les trois mois de sa signature.

3° La transcription doit être effectuée dans un délai préfix qui est, suivant les cas, de quatre mois ou d'une année (art. 3 du décret-loi).

Ce décret-loi, qui a opéré par modification de certaines dispositions de la loi du 23 mars 1855 et du Code de l'enregistrement, est en vigueur depuis le 1er janvier 1936; son application a été étendue à l'*Algérie* par un décret du 11 mars 1936; l'esprit dans lequel il a été conçu mérite d'être approuvé, comme sont légitimes les objectifs auxquels il répond; malheureusement, la réalisation est de beaucoup inférieure à l'idéal poursuivi; ce texte improvisé, inspiré en grande partie par des considérations d'ordre fiscal et qui va beaucoup plus loin, dans l'ordre civil, que ses auteurs ne l'avaient supposé, a été fort mal rédigé, au point que, sur nombre de problèmes qu'il soulève, le commentateur en est réduit à poser, non des solutions fermes, mais de simples points d'interrogation; dès maintenant, son application intégrale s'avère impraticable et l'on ne peut qu'exprimer le vœu qu'il soit remanié, mis au point par des hommes ayant une connaissance suffisante du droit civil et une saine compréhension des nécessités de la pratique des affaires. Sur la portée et les imperfections de ce décret-loi : V. P. Voirin, *Le nouveau régime de la transcription*, *Les lois nouvelles*, 1936, 1, pp. 171 et 189; Savatier, *Ce que devient la transcription dans le décret-loi du 30 octobre 1935*, *Sem. jur.*, 1935, p. 1397; L. Josserand, *La transcription vue à travers le décret-loi du 30 octobre 1935*, *D. H.*, 1936, Chron., p. 1; P. Durand, *Le régime de la transcription dans le décret-loi du 30 octobre 1935*, *Rev. crit.* 1936; Breton, *D. H.*, 1937, Chron., p. 33; Louis Lucas, *La réforme du régime de la transcription et le décret-loi du 30 octobre 1935*, thèse, Lyon, 1937. — V. aussi *Notes fiscales*, *D. H.* 1936, chron. pp. 17, 21 et 45).

1709. Résumé; situation actuelle. — En résumé, et si l'on néglige des transcriptions d'ordre très spécial (saisie

immobilière, bien de famille, expropriation pour cause d'utilité publique, etc.), nous possédons aujourd'hui *deux régimes de transcription*, l'un qui est réglementé dans le Code civil, aux articles 939 et suivants et qui est *spécial* aux donations entre vifs de biens susceptibles d'hypothèques, l'autre qui a pour cadre la loi du 23 mars 1855, modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935, et qui présente un caractère de *généralité*, souligné encore par le décret-loi qui soumet expressément au régime de droit commun « *tous actes et jugements dont la transcription est prévue par les textes en vigueur* » (art. 1er de la loi du 23 mars 1855, complété par le décret-loi de 1935, *inf.*, n° 1729). Or, ces deux systèmes sont différents, ce qui est une cause de complications et de difficultés.

1710. II. Le régime actuel : la transcription d'après la loi du 23 mars 1855 et la transcription du Code civil. — Nous procéderons par voie de comparaison, en menant de front l'étude des deux régimes de transcription qui fonctionnent parallèlement, d'une part le régime de droit commun de la loi du 23 mars 1855, modifié et élargi en 1935, d'autre part le système applicable, aux termes des art. 939 et suivants du Code civil, à certaines donations entre vifs; nous signalerons, d'abord les *points communs*, ensuite les *différences*.

1711. A. Points communs aux deux régimes de transcription. — Ils sont fort nombreux et nous permettront de saisir le sens, le mode de réalisation et la portée de la transcription.

1° *Ce qu'est la transcription.* — Dans les deux régimes, la publicité de l'acte est réalisée par le même procédé : la *transcription*; c'est la formalité de l'an VII pour la réception de laquelle compétence est donnée au conservateur des hypothèques.

En quoi cette formalité consiste-t-elle au juste? Jusqu'en 1921, elle se réalisait par la *copie* de l'acte (*instrumentum*) [1], sur un registre tenu par le conservateur du lieu de la situation de l'immeuble; ce fonctionnaire était chargé de ce tra-

[1] Il n'est pas indispensable que l'écrit présenté à la transcription réunisse toutes les conditions de *forme* requises au point de vue de la preuve; autre chose est la nullité du *negotium* lui-même, laquelle vicie la transcription, et autre chose l'imperfection de l'*instrumentum*, laquelle, ne touchant pas au fond même du droit, ne fait pas obstacle à l'accomplissement de la formalité de publicité qui, même en cette occurrence, pourra revêtir son efficacité habituelle (Civ., 31 mars 1936, *S.*, 1937, 1, 5).

vail; le registre de transcription, dont il était et dont il reste le dépositaire, était son œuvre de bout en bout. Mais cet état de choses a été modifié par la loi du 24 juillet 1921, intitulée inexactement « *loi relative à la suppression du registre de la transcription...* »; en vertu de cette loi, qui a complété celle du 23 mars 1855 à laquelle elle a ajouté deux articles, mais *qui s'applique également à la transcription du Code civil pour les donations*, ce n'est plus le conservateur qui compose le registre. La personne qui veut faire effectuer la transcription, l'acheteur par exemple, remet à la conservation des hypothèques deux documents qui sont : 1. S'il s'agit d'un acte authentique (acte notarié ou jugement), deux expéditions rigoureusement conformes; 2. S'il est question d'un acte sous seing privé, deux originaux. Dans l'un et l'autre cas, l'un des deux documents doit être écrit, à la main ou à la machine, en toutes lettres, sur papier spécial fourni par l'Administration; c'est celui qui restera au bureau de la conservation. Quant à l'autre exemplaire, il est rendu au déposant, après avoir été revêtu, par le conservateur, de la mention de la transcription (L. 23 mars 1855, art. 13 nouveau).

Le conservateur a donc désormais en sa possession un des deux exemplaires, copie ou original suivant les cas; cet exemplaire deviendra le feuillet d'un recueil, d'un registre dont les éléments sont ainsi fournis par les déposants, mais qui est constitué, relié et gardé par le conservateur, par ses soins et à ses frais. *Il existe donc toujours un registre*; seulement ce registre *n'est plus un registre de transcription*, puisqu'il n'y est rien transcrit, puisqu'il est alimenté par les soins de la clientèle elle-même qui collabore obligatoirement avec le conservateur; ce dernier a ainsi, dans la personne des déposants, des employés bénévoles, qui ne lui coûtent rien; sa *tâche* s'en trouve bien allégée, et aussi sa *responsabilité*, car, avec l'ancien système, des erreurs pouvaient se glisser dans le travail de reproduction, erreurs dont le conservateur était tenu pour responsable; en supprimant la reproduction, on a tari la source des erreurs et de la responsabilité qu'elles entraînaient.

Désignation ou identification des parties. — Aux termes de l'article 14 de la loi du 23 mars 1855, modifié par la loi du 24 juillet 1921 et complété par le décret-loi du 30 octobre 1935, article 3 : *Dans tous les actes, jugements, saisies, soumis à la transcription, les parties devront être désignées par leurs noms et prénoms, dans l'ordre de l'état civil, la date et lieu de leur naissance, et leur profession si elles en ont une connue.*

» *En ce qui concerne les sociétés, associations et syndicats, mention est faite de la date de leur constitution définitive, de leur nom et siège social et, s'il y a lieu, de leurs dénominations antérieures et de leur numéro d'immatriculation au registre analytique du commerce.* »

1712. Registre des dépôts. — A côté du registre improprement dit de transcription, il existe un autre registre dit *des dépôts*, tenu par le conservateur lui-même et sur lequel il mentionne, au fur et à mesure, jour par jour et par ordre numérique, les remises qui lui sont faites en vue de la transcription (art. 2200, § 1).

1713. Répertoire alphabétique. — Un répertoire alphabétique des *noms des parties* énoncés dans les actes transcrits, facilite les recherches dans les registres; sa tenue est rendue indispensable par le *caractère personnel* de notre régime de transcription français (*inf.* n° 1750).

1714. — 2° *Actes* (au sens d'*instrumenta*) *admis à la transcription.* — Jusqu'au décret-loi de 1935, la loi ne formulait, dans cet ordre d'idées, aucune exigence particulière : tout *écrit* pouvait être *transcrit*, sans autre forme de procédure. Mais le nouveau décret institue un régime plus strict; aux termes de son article 2, complétant l'article 2 de la loi du 23 mars 1855, *ne sont admis à la transcription* que :

a) Les actes authentiques;

b) Les décisions de justice devenues définitives;

c) Les actes sous seing privé, mais à la condition qu'ils *aient été déposés au rang des minutes d'un notaire, dans les trois mois de leur signature*, exception faite cependant des *baux de plus de dix-huit ans* ainsi que des actes donnant *quittance ou cession* d'une somme équivalente à trois années de loyers ou de fermage non échus (même texte).

Ainsi, désormais, le conservateur devra, semble-t-il, se refuser à accepter à la transcription l'acte, — par exemple une vente d'immeuble — qui, ayant été rédigé sous seing privé, n'aurait pas été déposé chez un notaire dans le délai qui vient d'être indiqué; la formule impérative, tranchante, de l'article 2 commande cette solution rigoureuse : d'une part, l'acte considéré comme *negotium juris*, comme contrat de vente, est sujet à transcription; d'autre part, l'acte écrit qui en constate l'existence, l'*instrumentum*, est impropre à la transcription. La contradiction, l'inélégance de ce régime, qui marque un retour offensif du formalisme, sont manifestes; le nouveau décret-loi a trouvé le moyen de

créer une catégorie d'actes à la fois *sujets à transcription* et cependant *insusceptibles d'être transcrits*. Les notaires et les hommes d'affaires pourront, sans doute, trouver leur compte dans ce régime de l'incohérence; mais les intérêts généraux du public seront sacrifiés autant que le bon sens et la logique. Comme on l'a remarqué, malgré le dépôt qui en aura été effectué dans l'étude d'un notaire, l'acte n'en restera pas moins un acte sous seing privé, avec tous les inconvénients de cette sorte de passation, et cependant les parties devront acquitter des honoraires notariaux (la totalité ou la moitié du tarif dû pour un acte notarié, suivant qu'il y aura ou non reconnaissance d'écriture) : « l'acte réunit donc l'insécurité de l'acte sous seing privé au coût de l'acte notarié. De toutes les combinaisons, c'est la plus mauvaise! » (SAVATIER, *op. cit.*).

En outre, on peut se demander ce qu'il adviendra si, d'aventure, le conservateur admet à la transcription un acte sous seing privé non déposé dans une étude de notaire ou déposé tardivement : le décret-loi, qui pose un principe et qui formule des exigences, est muet en ce qui concerne les sanctions; il rentre dans la catégorie des *leges imperfectæ*.

Ces critiques énoncées, on doit reconnaître que la formalité du dépôt assurera, comme il est dit dans l'Exposé des motifs, « par l'entremise indispensable d'un officier public, la vérification de l'identité et de la capacité des parties, de l'exactitude de la situation des biens et de la régularité de l'origine de la propriété, pour tous les actes, même pour ceux qui ne revêtent pas la forme authentique »; surtout, la nouvelle mesure permettra aussi la mise à jour du *cadastre*, par cela même qu'elle étendra le domaine d'application de la loi du 20 mai 1915 *relative au relevé des actes translatifs ou attributifs de propriété immobilière pour le service des mutations cadastrales* (*sup.* n° 1440), loi qui impose aux notaires l'obligation de déposer au bureau de l'enregistrement un extrait sommaire des actes passés devant eux et translatifs ou attributifs de propriété immobilière.

1715. — 3° *Délais de transcription*. — Avant le nouveau décret-loi, ces délais n'existaient pas; l'intéressé ou les intéressés requéraient la transcription à leur convenance et quand bon leur semblait; le retard qu'ils apportaient dans l'accomplissement de cette formalité ne comportait qu'une sanction éventuelle et hypothétique, à savoir l'opposabilité à leur égard des aliénations ou des constitutions de droits réels survenues par la suite et aussitôt publiées : les retardataires demeuraient à la merci des autres ayant cause qui auraient

traité ultérieurement avec le même auteur; mais, à aucun moment . on ne les mettait en demeure de transcrire.

Le décret-loi du 30 octobre 1935 établit, au contraire, des *délais préfix*, des « délais d'accomplissement de la formalité de la transcription » qui sont, pour les *attestations notariées*, d'un an à compter du décès; pour les *jugements*, de quatre mois à compter du jour où ils sont devenus définitifs; pour *les autres actes*, de *quatre mois à dater de leur enregistrement* (art. 3 du décret-loi, complétant l'art. 13 de la loi du 23 mars 1855).

Le texte ajoute qu'*au cas où la transcription devra être opérée dans deux ou plusieurs conservations des hypothèques, les délais ci-dessus prévus sont prorogés d'un mois pour chaque conservation en sus de la première.*

Une vente d'immeuble, par exemple, devra donc être transcrite dans les quatre mois à compter du jour où l'acte aura été enregistré. On veut qu'ainsi la situation nouvelle soit officiellement et rapidement régularisée *erga omnes*. Fort bien; mais qu'adviendra-t-il si l'acheteur laisse passer le délai sans requérir la transcription? Et que décider si, d'aventure, le conservateur admet à la transcription un acte qui lui est présenté tardivement? Sur ce point encore, le décret-loi est muet, réalisant décidément le type de la *lex imperfecta* : va-t-on décider qu'après l'écoulement du délai préfix l'acte ne peut plus être utilement transcrit? La solution serait bien dure et elle irait, semble-t-il, à l'encontre de la règle qu'il n'y a pas de déchéance sans texte; aussi est-elle repoussée par la plupart des auteurs qui estiment que le conservateur outrepasserait ses pouvoirs et engagerait gravement sa responsabilité en se refusant à réaliser une transcription tardive (*Sic*, Instruction, n° 4234 de la Direction générale de l'Enregistrement). Il n'en reste pas moins que le texte litigieux établit formellement des délais pour l'accomplissement de la formalité de la transcription et que le législateur aurait parlé pour ne rien dire si cette formalité pouvait être accomplie *extra tempora* aussi bien que dans les limites de temps fixées par le texte : déclarer qu'une formalité doit être observée dans des délais déterminés et préfix, c'est décider, du même coup, qu'elle ne saurait être effectuée lorsque lesdits délais sont expirés. Nous persistons donc à penser, malgré l'interprétation des auteurs (Nast, Savatier, Voirin, etc.) et de l'Enregistrement, que le conservateur a le droit et le devoir de se refuser à l'accomplissement d'une transcription requise après l'expiration des délais légaux; solution malencontreuse qui fera mentir la transcription à sa mission; instituée pour donner de la sécurité aux transactions juri-

diques, elle fera régner l'insécurité et l'anarchie, et elle accordera une prime au stellionat, puisque l'acheteur retardataire, à qui on refusera la transcription de son titre, sera livré à la merci de son vendeur qui pourra, indéfiniment et à loisir, grever l'immeuble de charges qui lui sont opposables, ou même le transmettre à un autre ayant droit. Il est difficile d'imaginer un système plus dangereux et plus incohérent.

1716. — 4° *Quel est l'écrit qui doit être transcrit?* — En principe, c'est évidemment l'écrit qui constate, qui extériorise, en le concrétisant, le transfert de propriété; mais cette règle de bon sens veut être précisée dans ses applications, surtout depuis la réforme réalisée en 1935.

1. Si c'est un *contrat* qui a déplacé la propriété immobilière, le document à transcrire sera, suivant les cas, l'*acte authentique* rédigé par le notaire, ou bien l'*acte sous seing privé* dressé par les parties et préalablement déposé au rang des minutes d'un notaire (à moins qu'il ne s'agisse d'un bail ou d'une quittance ou cession afférentes à des loyers ou fermages non échus) conformément à l'article 2, nouvelle rédaction, de la loi de 1855; ou enfin, au cas de *convention verbale*, le *jugement* qui en déclare l'existence (art. 1er, 3°).

2. Lorsqu'il y a eu *adjudication*, c'est également le *jugement* qui est soumis à la transcription (art. 1er, 4°);

3. Dans l'éventualité d'un transfert de propriété se réalisant *mortis causa*, c'est une *attestation notariée* qui est présentée au conservateur à fin de transcription, attestation destinée « *à constater désormais les transmissions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers à un légataire ou à un seul héritier* » (art. 1er, 6°, nouv. réd.).

Au cas de *succession légale* et en l'absence de testament, force était bien de recourir à ce procédé de l'attestation notariée; le défunt n'ayant pas laissé d'écrit, il fallait en constituer un, après son décès et en vue de la transcription; mais, au cas de *succession testamentaire*, la situation est toute différente, et on concevrait que la transcription portât sur le testament qui constitue le titre du légataire et qui a transmis à celui-ci la propriété de l'immeuble à lui légué; on s'est même demandé si le décret-loi de 1935 n'a pas consacré cette solution en soumettant à la transcription « *tout acte translatif de propriété immobilière* » (art. 1er, 1°, nouv. réd. l. de 1855), en sorte que serait alors applicable un régime cumulatif dans lequel devraient être transcrits, et le testament, en vertu de l'article 1er, 1°, et l'attestation notariée, par application de l'article 1er, 6°. Mais nous ne pensons pas qu'il

y ait lieu d'exiger un tel luxe de formalités qui offrirait ce triple inconvénient d'être compliqué, d'être coûteux (car, tandis que les attestations notariées sont exonérées du droit de transcription — *inf.* n° 1726 — aucune mesure de ce genre n'est édictée pour la transcription du testament), et enfin de donner une publicité parfois indiscrète à un acte de dernière volonté parfois imparfaitement rédigé et qui peut d'ailleurs répugner à une divulgation littérale, *in extenso*. Pour ces raisons, nous pensons que seule est requise la transcription de l'attestation notariée; encore ne peut-il en être question, aux termes du décret-loi, que s'il y a un unique légataire, *du moins pour l'immeuble en cause*; du moment qu'il y a indivision, on se contente, en tout et pour tout, de la transcription de l'acte de partage, encore que cette opération puisse n'intervenir qu'après plusieurs années ou plusieurs décades.

1717. — 5° *But, fonction et efficacité de la transcription.* Distinguons entre les fonctions *secondaires* et la fonction *essentielle*.

1718. Fonctions secondaires. — La transcription constitue le préliminaire de la purge des privilèges et des hypothèques (art. 2181); elle permet à l'acquéreur d'un immeuble de prescrire contre les privilèges et hypothèques dont ce bien est grevé (art. 2180 — 4°); elle a la vertu d'arrêter le cours des inscriptions hypothécaires (L. 23 mars 1855, art. 6).

1719. Fonction essentielle. — La formalité de la transcription a pour but essentiel d'assurer la publicité des transmissions de propriété immobilière, de porter à la connaissance du public les actes translatifs; *elle n'est donc d'aucune considération dans les rapports des parties entre elles*; dans le cercle contractuel, la propriété est déplacée par le seul jeu des contrats. Mais, vis-à-vis des *tiers* — et nous préciserons le sens de ce mot — le déplacement est différé jusqu'au jour où la transcription est effectuée. Si, par exemple, le même individu vend deux fois le même immeuble, à Primus d'abord, puis à Secundus, celui-là sera préféré, des deux acheteurs successifs, non pas qui aura traité en premier lieu, mais qui aura le premier fait transcrire son titre; ce n'est point les dates des titres, même rendues *certaines*, qui sont décisives, mais bien celles des transcriptions. La règle *prior tempore potior jure*, est toujours exacte, mais avec cette particularité que le moment décisif est celui de la transcription, non plus celui de l'acte.

1720. — Ce résultat peut paraître choquant et contraire à la règle de bon sens : *nemo dat quod non habet*; on s'étonne que le vendeur obstiné puisse transmettre à Secundus une propriété dont il s'était déjà dessaisi au profit de Primus et dont il n'était donc plus titulaire. Mais l'inélégance n'est qu'apparente; la clef du problème réside dans la distinction des deux points de vue : transfert de la propriété entre les parties et transfert à l'égard des tiers. La première vente, consentie à Primus, n'avait été translative que dans les rapports des parties, non à l'égard des tiers; or, Secundus était un tiers, lui qui n'avait pas participé à cette opération; il était donc fondé à considérer que le vendeur avait conservé une propriété qui lui avait été transmise par la vente opérée à son profit. Bien entendu, Primus évincé aura un recours en garantie contre un vendeur malhonnête à qui il pourra réclamer des dommages-intérêts (Req. 4 nov. 1930, *S.*, 1931, 1, 27) ; mais, dans ses rapports avec le tiers Secundus, il sera sacrifié; c'est Secundus, second acheteur mais premier « transcripteur », qui gardera l'immeuble; la deuxième vente ne saurait être annulée (même arrêt).

1721. Combinaison de la transcription avec l'usucapion. — Il est à remarquer que ces deux institutions se complètent parfaitement bien; grâce à l'usucapion trentenaire, l'acheteur sait qu'il a affaire à un individu qui *a eu*, à un certain moment, la propriété de l'immeuble; grâce à la transcription, il sait que cet individu avait gardé la propriété, qu'il n'avait pas aliéné, qu'il est un propriétaire *actuel*

1722. Publicité et consultation des registres. — Pour être fixé sur ce point, l'intéressé consultera les registres du conservateur; il demandera si son vendeur éventuel n'a pas déjà aliéné l'immeuble dont il s'agit; et, suivant qu'il obtiendra un certificat *positif* ou un certificat *négatif*, il s'abstiendra ou il traitera. Comme on le voit, c'est un système de *publicité personnelle* que celui qui est réalisé par les registres, lesquels sont tenus par *noms de personnes*.

1723. Conflits résolus par la transcription; son efficacité relative. — Il faut se garder de croire que la transcription suffise, ou même soit destinée à trancher tous les conflits se rattachant à des transferts de propriété; elle n'est point une panacée universelle dont l'usage serait souverain pour dénouer les difficultés de ce genre; sa vertu est limitée, son efficacité est *relative* : elle a pour but de résoudre les conflits qui s'élèvent *entre ayants cause du même alié-*

nateur; on peut considérer que l'accord unanime s'est fait sur cette formule qui trace nettement les limites de l'institution. C'est, par exemple, un immeuble qui a été vendu successivement, par la même personne, à deux acheteurs différents; ou bien il a été vendu par elle à un individu et grevé d'un droit réel — hypothèque, usufruit, servitude — au profit d'un autre; le conflit qui s'élève alors, entre deux acquéreurs successifs dans le premier cas, entre un acquéreur et le titulaire d'un droit réel dérivé dans le deuxième, sera résolu à l'aide des principes afférents à la transcription; hors de là, cette institution restera inutilisable.

1° Elle est sans application possible lorsque le conflit s'élève *entre ayants cause d'auteurs différents* : si je prétends tenir tel immeuble de tel vendeur et que mon contradicteur m'oppose les droits qu'il tient lui-même d'un autre vendeur, sans rapport juridique avec le mien, la question n'est plus seulement une question de date; la règle *prior tempore potior jure*, que la transcription consacre encore sous une forme modernisée (*Sup.* n° 1719), n'a rien à voir en l'occurrence; il s'agit de savoir, non si mon titre est antérieur à celui de mon concurrent, mais lequel des deux titres émane du propriétaire et a donc pu transférer la propriété; la lutte remonte alors d'un degré, en quelque sorte (*Sup.* n° 1563); ce sont les titres des auteurs des plaideurs actuels qui sont en cause et qui doivent être comparés; les transcriptions effectuées par les ayants cause ne sont d'aucune considération dans le débat;

2° A plus forte raison la transcription ne saurait-elle avoir la vertu magique de rendre celui qui y procède propriétaire d'un immeuble dont son auteur *n'aurait jamais eu la propriété*; sa mission est de rendre publique, et par là même opposable à tous, une transmission de propriété; mais encore faut-il que cette transmission soit concevable et que le titre qui la réalise soit valable (pour le cas de titre nul, v. Civ. 31 mars 1936, *motifs*, *S.* 1937, 1, 5); pour donner date à un transfert, encore faut-il que ce transfert existe; or, il n'existe pas, il ne peut pas exister, si l'aliénateur n'a jamais été propriétaire de l'immeuble prétendument aliéné : de rien, on ne peut pas faire quelque chose.

1724. La transcription frauduleuse. — Dans les rapports entre ayants cause d'un même auteur, la transcription est décisive pour trancher les conflits, *abstraction faite de toute considération tirée de la bonne foi ou de la mauvaise foi des adversaires* : celui-là l'emporte qui a transcrit le premier son titre, alors même qu'il aurait agi en toute connais-

sance de cause, étant instruit de l'existence d'une précédente aliénation au profit d'un autre acquéreur; c'est la caractéristique de tout régime de publicité de fonctionner mécaniquement, sans égard à la moralité des parties; il serait inadmissible qu'une institution d'ordre public comme la transcription fût paralysée, fût destituée de ses effets réguliers à raison de la mentalité, de la moralité de ceux qu'elle régit; en pareille matière, tout se ramène à une question de forme (Comp. pour la transcription des donations, l'art. 1071). L'accord est unanime sur ce point (*Req.* 22 oct. 1889, S., 1891, 1, 46).

1725. — Cependant, cette concrétisation du problème comporte une limite, et c'est la *fraude*; on entend par là, en thèse générale, la volonté d'évincer la loi de son domaine d'application normal, dans l'espèce, la volonté de mettre la transcription au service d'un complot ourdi entre l'aliénateur et le deuxième acquéreur; s'il y a eu entente, collusion entre ces deux personnes en vue de spolier le premier acquéreur, la transcription, ainsi faussée, ainsi déviée de sa mission, perd son efficacité habituelle; *fraus omnia corrumpit*; il y a eu *abus de transcription*, et c'est pourquoi le second acquéreur, qui avait voulu, d'accord avec son auteur, gagner de vitesse son prédécesseur, sera disqualifié encore qu'il soit arrivé le premier au but; il s'est servi déloyalement d'une institution régulière (V. L. Josserand, *De l'esprit des droits*, n^os^ 111 et 270; *Les mobiles*, n° 183; Req. 27 nov. 1893, *S.*, 1894, 1, 385, note Ch. Lyon-Caen; 15 juin 1922, *S.*, 1924, 1, 181; 6 avril 1925, *S.*, 1925, 1, 101; Civ. 7 déc. 1925, *S.*, 1925, 1, 340, *D. P.*, 1926, 1, 185, note Savatier; Req. 24 juin 1929, *S.* 1930, 1, 22).

1726. — 3° *Droit fiscal de transcription.* — Le *droit fiscal de transcription* a été incorporé dans le droit de mutation et il est perçu, non pas au bureau de la conservation des hypothèques, alors que la transcription est requise, mais bien, par anticipation, au bureau de l'Enregistrement, au moment où est acquitté le droit de mutation : cette incorporation d'un droit dans l'autre a été réalisée par divers textes (l. 18 avril 1816, art. 52 et 61; l. 25 fév. 1901, art. 18; l. 3 nov. 1884, art. 1^er^ et l. 22 avril 1905, art. 3).

Ce droit de transcription est de 2,50 pour 100 du prix intégral de la mutation, tel qu'il a été réglé à l'enregistrement (*D.* 27 déc. 1934, *portant codification en matière d'enregistrement*, art. 761); certains actes en sont exemptés dont l'énumération est donnée par l'article 762 du même décret, texte

complété par l'article 5 du décret-loi du 30 octobre 1935, lequel étend l'exemption aux « *actes, jugements ou attestations notariées visés dans les n*^{os} *5 et 6 de l'article 1*^{er} *de la loi du 23 mars 1855* », c'est-à-dire, notamment, aux actes et aux jugements *déclaratifs* de propriété immobilière ou de droits immobiliers.

Au droit de transcription viennent s'ajouter : 1° une *taxe hypothécaire*, fixée à 0,50 ou 0,25 pour cent suivant les cas et qui est perçue à la conservation, lors de l'accomplissement de la formalité de la transcription; 2° les *honoraires du conservateur* qui varient de quelques millimes à quelques centimes pour cent.

L'article 767 du Code de l'Enregistrement, complété par l'article 6 du décret-loi de 1935, réduit la taxe hypothécaire de moitié pour la transcription des actes ou jugements *déclaratifs*; il la supprime complètement pour la transcription des *attestations notariées* destinées à constater les transmissions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers à un légataire ou à un héritier.

1727. B. **Différences qui séparent les deux régimes de transcription.** — Elles ont trait : 1° au *domaine d'application de ces deux régimes*; 2° aux *sanctions* attachées aux formalités qu'ils établissent.

1728. 1° **Domaine d'application des deux régimes de transcription.**

a) Le régime du Code civil, que la loi de 1855 a entendu respecter intégralement (art. 11 *in fine*), a une portée d'application nettement précisée dans l'article 939 : ce texte soumet à la transcription les *donations de biens susceptibles d'hypothèque*, c'est-à-dire les donations d'immeubles aliénables, car ce sont ceux-là qui comportent précisément l'hypothèque, et encore à condition que l'opération entraîne *transfert actuel* de propriété. Il faut donc *exclure* :

1° Les donations portant sur des *servitudes*, des *droits d'usage* ou d'*habitation*, car ce sont là des immeubles non susceptibles d'hypothèque, parce que non aliénables (*Inf.* n^{os} 1961 et 1971);

2° Les donations portant sur des *biens à venir*, ou *institutions contractuelles*, parce qu'elle n'entraînent pas une transmission immédiate de propriété (Req., 15 mai 1876, *D. P.* 1877, 1, 195, *S.* 1877, 1, 52).

En revanche, une donation, même révocable (donation entre époux), est sujette à la transcription parce qu'elle opère une transmission immédiate de propriété.

1729. — *b*) Le régime de la loi du 23 mars 1855 a une tout autre ampleur : en fait, c'est pour les *actes à titre onéreux* qu'il a été établi, et, au premier chef, pour ceux qui sont translatifs de propriété immobilière (nous rappelons que nous laissons de côté, pour le moment, les actes constitutifs de droits réels immobiliers) ; mais il est admis couramment que la loi vise aussi les donations, dans la mesure où celles-ci échappent au régime du Code civil et qu'elle est donc *ampliative* des dispositions contenues dans ce Code, et il est, en effet, certain, que, dans son article 1er, elle vise tous les actes entre vifs et non pas seulement les actes à titre onéreux; elle contient donc *le droit commun de la transcription*. Cette solution a été rendue plus certaine encore par le décret-loi du 30 octobre 1935 qui, après avoir énuméré, rubrique par rubrique, les actes sujets à transcription, en y comprenant *les attestations notariées destinées à constater désormais les transmissions par décès d'immeubles... à un légataire ou à un seul héritier*, ajoute, sous le numéro 7° et dans une formule générale, « *tous actes et jugements dont la transcription est prévue par les textes en vigueur* » (art. 1er du décret-loi, modifiant et complétant l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855). V. Aubry et Rau, t. XI, § 704, p. 331; Maurice Picard, n° 661.

1730. Actes sujets à transcription dans le système de la loi du 23 mars 1855, modifiée et complétée par le décret-loi du 30 octobre 1935. — Si on néglige, pour le moment, les actes constitutifs de droits réels immobiliers, pour ne retenir, à cette place, que les actes intéressant la propriété immobilière, on constate que la loi du 23 mars 1855, dans son article premier, soumettait à la transcription uniquement *les actes entre vifs opérant une transmission de propriété immobilière*, que ces actes fussent d'ailleurs un *contrat*, une *renonciation* ou un *jugement*.

Cette conception était beaucoup trop étroite : avec elle, le régime de la transcription laissait hors de son emprise quantité d'actes de nature à intéresser les tiers, notamment les *actes déclaratifs* et les *transmissions à cause de mort*; c'est ainsi qu'un partage des biens immobiliers, acte déclaratif, produisait ses effets *erga omnes*, encore qu'il n'eût été l'objet d'aucune mesure de publicité; ainsi également que la transmission d'un immeuble réalisée au profit d'un héritier légal ou d'un légataire s'imposait à tous, bien qu'elle fût demeurée occulte. Le système présentait donc des lacunes et des fissures; le fil conducteur, établi par le législateur, se trouvait rompu du moment qu'intervenaient, au cours de la vie

juridique d'un immeuble, soit une dévolution successorale légale, soit une acquisition testamentaire, soit une attribution par voie de partage.

En vue de renouer la chaîne aussi fâcheusement rompue, les auteurs du décret-loi ont résolu d'asseoir le régime de la transcription sur de plus larges bases; désormais, et à compter du 1er janvier 1936, sont sujets à cette forme de publicité, en vertu de l'article premier, nouvelle rédaction, non plus seulement les actes entre vifs translatifs de propriété immobilière, tels une vente ou un échange d'immeubles, mais aussi les transmissions qui s'opèrent, dans le domaine immobilier, à cause de mort, soit par voie de *succession légale*, soit en vertu d'un *testament*, du moins s'il n'y a qu'un seul héritier ou qu'un seul légataire (art. 1er, 6°, nouv. réd.), et aussi les actes ou jugements *déclaratifs* de propriété immobilière, tels un *partage*, une *transaction* ou un *jugement* intervenu sur une revendication immobilière, ou une *adjudication* sur licitation prononcée au profit de l'un des copropriétaires (art. 1er, 4°, nouv. réd.).

Grâce à cette réforme capitale, une des plus heureuses qui soient à l'actif du décret-loi, la transcription voit s'élargir considérablement son domaine et les transactions immobilières vont y gagner en sécurité : il devient possible, en consultant les registres du conservateur, de suivre un immeuble au cours des événements qui ont marqué sa vie juridique : ce ne sont plus seulement les actes *translatifs* de propriété immobilière *entre vifs* qui sont sujets à transcription, mais, plus généralement et en principe, tous les actes *intéressant* cette propriété, alors même qu'ils n'en réaliseraient pas le déplacement ou qu'ils s'accompliraient *mortis causa*.

1731. Applications. — En conséquence, il y aura lieu de transcrire, notamment :

1. Tout contrat ou jugement *translatif* de propriété immobilière (vente, échange, société, dation en paiement, contrat de mariage, cession de droits successifs, jugement d'adjudication) ;

2. Tout acte portant *renonciation translative* à ladite propriété, c'est-à-dire renonciation *à un droit déjà acquis*, faisant déjà partie intégrante du patrimoine du renonçant; renonciation à une *succession* ou à un *legs* précédemment acceptés, à une *prescription* consacrée par un jugement passé en force de chose jugée (art. 1er, 2°, nouv. réd.).

3. Tout jugement qui déclare l'existence d'un *acte verbal* ressortissant à l'une ou à l'autre des catégories précédentes (art. 1er, 3°) ;

4. Toute transmission immobilière s'opérant *à cause de mort*, par voie de succession ou de testament, du moins lorsqu'il n'y a qu'un seul héritier ou qu'un seul légataire (art. 1er, 6°, nouv. réd.) ; au cas de pluralité d'ayants droit, c'est l'acte de partage qui est transcrit et qui, dans le système imparfait du décret-loi, devra suffire à révéler au public l'état de choses nouveau;

5. Tout acte et tout jugement *déclaratifs* de propriété immobilière (art. 1er, 5°, nouv. réd.) : partage, transaction, jugement d'adjudication sur licitation intervenant *au profit de l'un des copropriétaires*, retrait litigieux et retrait d'indivision. Sous l'empire de la loi de 1855, ces actes n'étaient pas sujets à transcription parce que, simplement déclaratifs, ils ne déplacent pas la propriété; mais le décret-loi de 1935 les a expressément visés et ils sont désormais soumis à la publicité, comme aussi, nous le répétons, le jugement faisant droit à une *revendication immobilière* : s'il ne déplace pas, en droit, la propriété, il en détermine du moins le titulaire véritable qu'il différencie de l'usurpateur ou du simple détenteur ou du propriétaire apparent.

Cette dernière solution fait d'autant moins de doute que le rapport présenté par le président du conseil au président de la République, à l'occasion du décret-loi du 30 octobre 1935, spécifie que « désormais, seront soumis à la transcription, en outre des actes translatifs de propriété, les actes déclaratifs et *modificatifs*... »; on peut conclure de là que doivent être transcrits tous actes, modifiant ou déclarant, en ce qui concerne la propriété d'un immeuble, la situation antérieure;

6. Enfin, l'accord semble se faire pour assujettir à la transcription les *jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte précédemment transcrit*; il est vrai qu'un autre système de publicité — la mention en marge de l'acte résolu, annulé ou rescindé — avait été institué par la loi du 23 mars 1855, dans son article 4; mais le décret-loi du 30 octobre 1935, complétant, dans son article 3, l'article 13 de ladite loi, stipule que les jugements seront transcrits « *dans les quatre mois du jour où ils sont devenus définitifs et, en outre*, dans les conditions fixées par l'article 4 ci-dessus, *pour les autres actes, dans les quatre mois de leur enregistrement* ». Il semble bien résulter de cette formule, dit-on, que les jugements en question sont soumis à deux formalités de publicité : la mention en marge de l'article 4, et la transcription. Outre qu'un tel luxe de formalités est superflu, d'autant plus que la sanction consistera, pour l'une comme pour l'autre, en une simple amende infligée à l'avoué en faute dont la négligence ne saurait tenir en

échec l'autorité de la chose jugée, le conservateur sera souvent bien embarrassé de décider si le jugement est définitif et à quelle date il l'est devenu. Aussi, et en l'absence d'un texte formel, ne serions-nous pas éloigné de penser, avec quelques auteurs, que le décret de 1935 n'a pas innové sur ce point et que les jugements dont il s'agit échappent, comme auparavant, à la formalité de la transcription (*Sic.* NAST, Louis LUCAS; interprétation donnée par les notaires, ainsi que par les conservateurs des hypothèques).

1732. Actes non sujets à transcription. — Il subsiste encore de nombreuses catégories d'actes qui, bien que se rapportant à un immeuble, échappent cependant à la transcription.

1° Ce sont d'abord et évidemment ceux *qui ne concernent pas l'attribution de la propriété*, par exemple le bail d'un immeuble (à moins que la durée n'en excède dix-huit années : art. 2, 4° de la loi de 1855);

2° Ce sont aussi les *actes non écrits* : fussent-ils translatifs, telle une vente, ils ne seraient pas sujets à transcription, car on ne *transcrit* que ce qui a d'abord été *écrit* (Req. 11 janv. 1928, *D. P.* 1929, 1, 69, rapport ZAMBEAUX); cependant, la transcription fait un retour offensif si l'existence de la convention verbale a été déclarée par un jugement; elle porte alors, non sur la convention même, mais sur le jugement, non sur le contenu, mais sur le contenant (art. 1er, 3°);

3° Il faut encore exclure du système de la loi de 1855 et du décret-loi de 1935 les actes qui sont, non pas, à vrai dire, déclaratifs, mais bien *rétroactifs*, et cette restriction évoque la distinction fort délicate de l'effet déclaratif et de l'effet rétroactif (V. DESSERTEAUX, thèse, Dijon, 1908; GÉNIN, *Traité des hypothèques et de la transcription*, n° 175; P. DURAND, *op. cit*, nos 10 et s.). Il nous paraît certain que la résolution d'un contrat, lorsqu'elle s'opère en vertu d'une clause insérée dans l'acte, est opposable aux tiers, encore qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une publicité spéciale; elle dérive alors en droite ligne du contrat lui-même, dont la transcription a dû suffire à avertir le public, par exemple au cas de *vente à réméré* (*inf.*, t. II, nos 1154 et s.) ou de vente avec *déclaration de command* (*inf.*, t. II, n° 1060) : l'exercice du réméré ou la désignation du command interviennent et agissent rétroactivement en fonction d'une clause contractuelle et sans qu'il y ait lieu de les publier. Plus généralement, l'effet rétroactif de la condition se réalise indépendamment de toute publicité particulière, et cela parce qu'il se rattache à la convention, sans interposition d'un *acte* ultérieur (P. DURAND,

op. cit., n° 10). Toutefois, on a vu que le décret-loi traite différemment les jugements de résolution, de nullité ou de rescision, lesquels sont soumis, du moins dans l'opinion dominante, à la transcription, encore qu'ils appartiennent à la catégorie rétroactive bien plutôt qu'à l'espèce déclarative; il y a là une anomalie assez difficile à expliquer;

4° Les actes simplement *abdicatifs* échappent à l'emprise de la transcription : une renonciation faite *avant* l'acquisition définitive d'un droit est considérée comme purement abdicative et n'a donc pas à être publiée : telle la renonciation, avant toute acceptation, à une *prescription* qui n'avait pas encore été opposée en justice (*sup.* n° 1605). Au contraire, les renonciations *translatives* — par exemple à une prescription déjà acquise et utilisée — est sujette à transcription par application de l'article 1er, 2° de la loi de 1855;

5. Il semble bien que les actes *confirmatifs*, c'est-à-dire ceux qui purgent un acte du vice dont il était atteint et qui font disparaître une nullité originaire, n'aient pas à être transcrits; il est vrai qu'ils sont modificatifs de la situation antérieure, comme substituant à une propriété incertaine et précaire des droits incommutables, et l'Exposé des motifs du décret-loi, si on l'observait à la lettre, conduirait donc à imposer leur publicité; mais il est certain que de tels actes ne sont pas visés par le texte de la loi de 1855, même dans sa nouvelle rédaction;

6. Enfin, en ce qui concerne les *mutations par décès*, le décret-loi de 1935 a limité l'obligation de transcrire au cas où il existe un seul héritier (dans les successions légales) ou un seul légataire (dans les successions testamentaires). Le nouveau texte est formel en ce sens restrictif (art. 1er — 6° de la loi de 1855, modifié et complété par ledit décret); si plusieurs ayants cause viennent à la succession, un *partage* aura lieu, et c'est l'*acte de partage* qui, sujet à transcription (art. 1er — 5° nouv. réd.), satisfera à toutes les exigences de la publicité.

C'est du moins ce qu'on a pensé en 1935, mais en paraissant oublier qu'un partage peut être différé pendant de longues années et qu'en fait il arrive fréquemment que les héritiers demeurent dans l'indivision, soit qu'ils passent à cet effet une *convention d'indivision* (V. *inf.*, t. II, nos 1066 et s.), soit qu'ils se bornent à observer le *statu quo*, par inertie ou à raison des difficultés que présenteraient les opérations de partage. En pareil cas, la transmission *mortis causa* ne sera pas portée à la connaissance du public, aussi longtemps que persistera l'état d'indivision; c'est là une des lacunes les plus graves du régime instauré par le décret-loi.

1733. Portée ampliative de la loi de 1855. — On peut juger maintenant de l'intérêt qu'il y a à constater que la loi de 1855, dans sa teneur initiale comme dans sa rédaction nouvelle, a une portée générale, qu'elle renferme *le droit commun* de la transcription, qu'elle s'applique à tous les actes translatifs de propriété immobilière, *fussent-ils à titre gratuit*, mais sous la réserve du maintien des dispositions des articles 939 et suivants du Code civil (*sup.*, n° 1726). Devront être publiés, en vertu de la loi de 1855, les actes suivants, encore qu'ils se réfèrent au titre gratuit, non au titre onéreux.

1. Les actes *entre vifs* portant constitution ou renonciation à titre gratuit d'une *servitude*, d'un droit d'*usage* ou d'*habitation*; ces actes échappent aux dispositions des articles 939 et suivants, parce qu'ils portent sur des biens insusceptibles d'hypothèque; mais ils tombent sous le coup de la loi ampliative du 23 mars 1855 qui les vise expressément dans son article 2.

2. Les attestations notariées destinées à constater les transmissions immobilières *mortis causa* (L. 23 mars 1855, art. 1er, 6°, nouv. réd.);

3. Les jugements prononçant la *nullité* ou la *révocation* d'une donation précédemment transcrite : ces décisions doivent être mentionnées en marge de l'acte transcrit, par application de l'article 4 de la loi de 1855; elles doivent également être *transcrites*, du moins si l'on admet, contrairement à notre opinion, mais avec la majorité des auteurs, que les deux ordres de formalités se cumulent, par application de l'article 13, nouvelle rédaction, de la loi de 1855 (*sup.*, n° 1731).

1734. 2° Sanctions attachées aux formalités instituées par le Code et par la loi de 1855. — Il est deux catégories de sanctions, les unes *spécialisées* et qui existaient même à l'époque où la transcription n'avait pas un caractère obligatoire; une autre qui a un caractère général et qui implique la nature obligatoire de cette formalité.

Sanctions spécialisées et secondaires. — Nous y avons fait allusion précédemment :

1° L'acquéreur d'un immeuble qui ne fait pas transcrire son titre ne peut pas recourir à la procédure de la *purge des privilèges et hypothèques* (art. 2181);

2° Il ne prescrit pas contre les mêmes privilèges et hypothèques dont cet immeuble pouvait être grevé (art. 2180, avant-dernier al.);

3° Il risque de voir s'inscrire des hypothèques et privilèges nés du chef des précédents propriétaires, car c'est seu-

lement la transcription qui arrête le cours des inscriptions (L. 23 mars 1855, art. 6).

1735. Sanction générale et essentielle. — Nous ne visons que d'un mot la formalité de la *mention en marge* de l'article 4 de la loi de 1855 : elle ne comporte pas d'autre sanction que l'amende de cent francs encourue par l'avoué qui avait obtenu le jugement (*sup.*, n° 1732) : malgré son inobservation, le jugement n'en produit pas moins tous ses effets habituels; l'autorité d'une décision de justice ne peut pas être subordonnée à l'accomplissement d'une mesure de ce genre.

Nous n'envisageons donc désormais que la formalité de la transcription.

1736. Caractère relatif de la sanction. — Nous avons vu que la transcription, lorsqu'elle a été régulièrement effectuée, ne possède qu'une vertu relative (*sup.* n° 1720); de même et à l'inverse, le défaut de transcription ne comporte qu'une sanction conditionnée par la loi; elle consiste dans l'*inefficacité* de l'acte par rapport à certaines personnes, dans son *inopposabilité* à tels ou tels; on dit de ces personnes qu'*elles peuvent opposer le défaut de transcription*, donc exiger qu'il ne soit pas tenu compte, en ce qui les concerne, de l'acte qui aurait dû être transcrit et qui ne l'a point été; c'est-à-dire, en fin de compte, qu'elles peuvent, par rapport à lui, se réclamer de leur qualité de *tiers*.

Tout le problème revient ainsi à savoir à qui cette qualité appartient. Qui faut-il considérer comme des tiers? A qui doit-on, en conséquence, reconnaître le droit d'opposer le défaut de transcription?

1737. Opposition entre les deux régimes de transcription. — Le problème a été résolu différemment par le Code civil, pour les donations, puis, pour la transcription en général, par la loi de 1855.

a) Pour les *donations*, le Code civil a accordé le droit d'opposer le défaut de transcription à tous les intéressés, sauf exception (art. 941); *il a donc considéré, en principe, toute personne comme un tiers*, à moins qu'elle ne rentre dans des catégories limitativement énumérées;

b) Tout au contraire, le législateur de 1855 n'a accordé le droit d'opposer le défaut de transcription qu'à des personnes réunissant des conditions déterminées (art. 3, § 1). *Le principe, c'est toujours que l'aliénation demeure efficace encore que non publiée*; ce n'est qu'exceptionnellement que cette

efficacité est subordonnée à la transcription, à l'égard de certaines personnes caractérisées par la loi et qui, seules, méritent donc et peuvent invoquer la qualification de *tiers*.

Les deux points de vue sont donc nettement opposés, et *ils restent tels, après le décret-loi du 30 octobre 1935 comme auparavant* : dans le système du Code civil, les tiers sont *le principe;* dans celui de la loi de 1855, ils constituent l'*exception*; et cette opposition s'explique d'ailleurs, dans une certaine mesure, par le caractère anormal de la donation, acte anti-économique, acte *personnel* : en l'accomplissant, le donateur ne représente, en principe, que lui-même, au lieu que le vendeur, par exemple, procède à une opération courante, dont l'opposabilité et le rayonnement ne soulèvent pas les mêmes objections.

1738. — Ce contraste, qui subsiste malgré la réforme opérée en 1935 (V. cependant, *contra*, la chronique précitée de M. Breton), étant signalé et expliqué, nous allons rechercher : d'abord quelles sont les personnes qui, à titre exceptionnel, ne sont pas admises à invoquer le défaut de transcription d'une donation; puis quelles sont celles qui, à titre exceptionnel également, sont fondées à se prévaloir du défaut de transcription, en vertu de la loi de 1855, modifiée et complétée par le décret-loi de 1935.

a) *Personnes qui, à titre exceptionnel, ne sont pas admises à invoquer le défaut de transcription d'une donation de biens susceptibles d'hypothèque.*

La loi cite : le *donateur* et *les personnes qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause* (art. 941). Il faut ajouter, d'après la jurisprudence, les *héritiers du donateur*, et aussi le *donataire*, ainsi que ses ayants cause à titre universel.

1. Le *donateur*. Il n'a pas qualité pour invoquer le défaut de transcription : d'abord parce que, ayant été partie à l'acte, il serait mal venu à prétendre qu'il ne l'a pas connu, ensuite parce qu'il ne saurait être admis à se rétracter, à se repentir; les donations sont irrévocables de leur nature; *donner et retenir ne vaut*.

2. D'après la jurisprudence, *les héritiers du donateur* — ainsi que ses légataires universels — sont également exclus du droit d'opposer le défaut de transcription. L'opinion contraire pourrait cependant se réclamer et du silence de l'article 941 et des précédents : l'ordonnance de 1731 accordait formellement aux héritiers le droit de se prévaloir du *défaut d'insinuation* de la donation. Mais il est facile de répondre qu'autre chose était l'insinuation, autre chose est

la transcription; le droit commun, c'est que les héritiers n'ont pas plus de droits que leur auteur; celui-ci, le donateur, n'était pas traité comme un tiers; ses héritiers ne peuvent donc pas davantage revendiquer cette qualité. D'ailleurs, ils auraient trop d'intérêt à défaire sur ce point l'œuvre de leur auteur pour que la loi leur fournisse les moyens de la renverser à discrétion. (Req. 1er août 1878, *D. P.*, 1879, 1, 167; Civ., 1er juin 1897, *S.*, 1897, 1, 399, *D. P.*, 1898, 1, 58).

3. Le *donataire*, à supposer qu'il y trouve son intérêt, n'est pas fondé à opposer le défaut de transcription d'un acte auquel il a été partie; et l'on décide de même pour ses ayants cause à titre universel, *héritiers* ou *créanciers*, et pour ses ayants cause à titre particulier : ce n'est pas dans leur intérêt que la transcription a été organisée, mais dans celle des ayants cause du donateur (Req. 1er mai 1861, *D. P.*, 1861, 1, 323; 2 mai 1908, *S.*, 1911, 1, 554; Nancy, 27 juill. 1875, *S.*, 1876, 2, 129, note Lyon-Caen).

4. *Les personnes qui sont chargées de faire faire la transcription ou leurs ayants cause.* On suppose que la donation est adressée à un *incapable* : mineur, interdit, femme mariée; la transcription doit alors être effectuée par les soins de l'administrateur, tuteur ou mari. Si la formalité n'a pas été accomplie, la faute en incombe à ces personnes; dès lors, il est légitime qu'on leur refuse le droit de se prévaloir, à l'occasion, de leur négligence pour compromettre la situation de celui dont les intérêts leur avaient été confiés. Et il est naturel que leurs propres ayants cause subissent le même traitement.

1739. Ceux qui sont des tiers. — Les personnes non comprises dans l'énonciation précédente, sont des tiers par rapport à la donation et sont donc qualifiées pour opposer le défaut de transcription; c'est-à-dire :

1. *Les ayants cause à titre particulier du donateur*, et cela sans distinguer selon qu'ils tiennent leurs droits d'un acte entre vifs ou d'un acte à cause de mort : acheteur, créancier hypothécaire, donataire, *légataire à titre particulier*. Si un individu, après avoir donné un immeuble à un acquéreur qui ne transcrit pas, le lègue à une autre personne, puis vient à décéder, le légataire l'emportera sur le donataire en faute à qui il opposera le défaut de transcription; la solution est traditionnelle; elle était adoptée par l'ordonnance de 1731 et ne fait aucune difficulté.

2. *Les ayants cause à titre universel du donateur*, à l'exclusion des héritiers et des légataires universels : les *créanciers*

du donateur sont fondés à invoquer le défaut de la transcription, à se réclamer, par rapport à la donation, de leur qualité de tiers; sur ce point encore, la tradition, qui nous vient de l'ordonnance de 1731, est constante. L'immeuble donné va donc pouvoir être néanmoins saisi par les créanciers du donateur, lesquels considéreront qu'il fait toujours partie du patrimoine de leur débiteur, donc de leur gage.

1740. Remarque. — Les personnes que nous venons d'énumérer sont qualifiées pour opposer le défaut de transcription de la donation quand bien même elles ne seraient pas en règle avec la loi du 23 mars 1855; par exemple, l'acheteur d'un immeuble peut reprocher à un donataire du même immeuble sa négligence, alors même que, de son côté, il serait en faute de n'avoir point transcrit. En effet, le législateur de 1855 a entendu ne rien changer au système du Code civil (art. 11 *in fine*); or, dans ce système, les aliénations à titre onéreux n'étant pas sujettes à publicité, l'acheteur était fondé à opposer à un donataire le défaut de transcription; la situation est restée à cet égard la même malgré le changement intervenu. Au contraire, un donataire ne pourrait se prévaloir du défaut de transcription vis-à-vis d'un autre donataire que s'il s'était lui-même mis en règle avec la loi : entre eux, c'est le régime de la réciprocité qui est applicable, entièrement.

1741. — b) *Personnes qui, à titre exceptionnel, sont admises à invoquer le défaut de transcription en vertu de la loi du 23 mars 1855.*

Ces personnes doivent être cherchées, comme dans le système du Code civil, parmi les ayants cause de l'aliénateur, à l'exclusion notamment des parties contractantes et de leurs héritiers. Ce ne sont pas tous ces ayants cause qui sont fondés à se réclamer de la qualité de tiers, mais seulement ceux « *qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois* » (L. 1855, art. 3, § 1).

1742. — Il résulte de cette formule, devenue classique, *et à laquelle n'a pas touché le décret-loi de 1935*, que, pour être admis à invoquer le défaut de transcription d'un acte, il faut, dans le système de la loi de 1855, réunir trois conditions :

1° Il faut avoir des *droits sur l'immeuble*. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que ces droits soient réels; il est des locataires — ceux qui sont munis d'un bail de plus de dix-huit ans — qui peuvent incontestablement opposer le défaut

de transcription; or, un locataire est titulaire d'un simple droit de créance. D'ailleurs, les travaux préparatoires sont décisifs en ce sens : le mot « *réel* » qui, dans le projet, accompagnait et qualifiait le mot « *droits* », a été supprimé, précisément afin de permettre aux locataires de se réclamer, à l'occasion, de la qualité de tiers.

Mais les *créanciers chirographaires* de l'aliénateur — réserve faite de certaines catégories et notamment des preneurs de plus de dix-huit ans — se trouvent éliminés par cette première exigence : ils n'ont pas de droits sur l'immeuble;

2° Il faut avoir un droit *sujet à publicité*, pour sa conservation, pour son efficacité au regard des tiers (transcription ou inscription).

Cette deuxième exigence éliminait jadis les *ayant cause par décès*, puisque les mutations à cause de mort n'étaient sujettes à aucune publicité; le légataire à titre particulier, notamment, n'était pas un tiers dans le système de la loi de 1855 : si un individu, ayant vendu son immeuble à un acheteur qui négligeait de transcrire, léguait ensuite le même bien à une autre personne, c'est l'acheteur qui était préféré puisque, d'une part, son titre était antérieur à celui du légataire, puisque, d'autre part, celui-ci était sans qualité pour lui opposer le défaut de transcription, n'étant pas lui-même titulaire d'un droit sujet à publicité.

Avec le décret-loi de 1935, la situation, sans être totalement retournée, est gravement modifiée : le légataire, *s'il est unique*, étant tenu à transcrire, passe du même coup dans la catégorie des ayants cause qui, investis d'un droit sujet à publicité, sont à même d'opposer, à l'occasion, le défaut de transcription; et la même observation vaut pour les copartageants, plus généralement pour ceux qui tiennent leurs droits d'un acte déclaratif : en multipliant les assujettis, et en maintenant, d'autre part, la formule de l'article 3, le décret-loi a, par cela même, multiplié, indirectement et par une répercussion fatale, les bénéficiaires du régime de publicité;

3° Il faut encore avoir *effectivement publié* le droit sujet à la formalité de la transcription ou de l'inscription; il faut être en règle avec la loi : de deux ayants cause successifs du même auteur, celui-là l'emporte qui a publié son titre en premier lieu. Cette règle s'applique aussi bien lorsque le conflit surgit entre deux acheteurs que lorsqu'il s'élève entre un acheteur et un créancier hypothécaire. C'est le régime de la *réciprocité*, régime qui, au contraire, n'est pas toujours applicable aux donations.

1743. Ceux qui sont des tiers. — Répondront notamment aux conditions précédemment énumérées et pourront donc opposer, à l'occasion et s'ils se sont mis eux-mêmes en règle avec la loi, le défaut de transcription : l'*acquéreur d'un immeuble*, par contrat à titre onéreux ou à titre gratuit ou par adjudication; le *légataire unique* d'un immeuble; les *copartageants*; l'acquéreur d'une *servitude*, *d'un usufruit immobilier*, d'un droit d'*usage*; le créancier *hypothécaire* ou *privilégié*, un *antichrésiste*; le *preneur* — locataire ou fermier — dont le bail excède dix-huit années.

Cette énumération ne comprend ni les légataires multiples, pris en cette seule qualité (*colégataires* pour un même immeuble), ni les créanciers de l'aliénateur : et c'est en quoi le système de la loi de 1855, même élargi par le décret-loi de 1935, diffère pratiquement de celui du Code civil.

1744. Exclusion des créanciers. — Ils ne sont pas considérés comme des tiers par rapport à l'aliénation consentie par leur débiteur; il ne sont pas admis à opposer le défaut de transcription; c'est précisément afin de les exclure qu'on a réservé le droit d'écarter l'acte à ceux qui *ont des droits sur l'immeuble* : les créanciers chirographaires ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, mais ils n'ont pas de droit affectant tel ou tel bien individuellement envisagé.

Cette solution, encore que cadrant avec la nature du droit des créanciers chirographaires, ayants cause à titre universel de leur débiteur, est vivement critiquée : il est singulier que les créanciers ordinaires ne puissent pas opposer le défaut de transcription de son titre à un acquéreur alors qu'on leur permet d'opposer à un créancier hypothécaire la non-inscription de son hypothèque : à ce point de vue, notre système français manque de cohérence. Aussi comprend-on que la plupart des législations étrangères admettent les créanciers chirographaires à opposer le défaut de transcription; il en est ainsi même de celles qui se rapprochent le plus de la nôtre : la loi hypothécaire *belge* de 1851 leur reconnaît ce droit.

1745. — Tout au moins faut-il se garder d'exagérer l'ostracisme dont ces créanciers sont frappés dans notre droit; trouvant sa cause dans l'absence de droit sur l'immeuble sujet à publicité, il doit cesser du moment qu'un créancier se trouve investi d'un droit de ce genre. Il en est ainsi :

1° Du *preneur d'immeubles*, locataire ou fermier, lorsque la bail excède *dix-huit ans*;

2° Au cas de *faillite* du débiteur : l'article 490 C. com. confère alors à la masse des créanciers une hypothèque dont l'inscription doit être assurée par le syndic. Une fois cette inscription effectuée, la masse des créanciers répond à la formule de l'article 3 de la loi de 1855; elle peut donc, représentée par le syndic, opposer à l'occasion le défaut de transcription d'un acte antérieurement passé par le débiteur;

3° Au cas de *séparation des patrimoines* demandée par les créanciers héréditaires contre les créanciers personnels de l'héritier du débiteur décédé; cette séparation, qui tend à conjurer la confusion des deux patrimoines et à éviter aux séparatistes le concours des créanciers de l'héritier, doit être rendue publique au moyen d'une inscription sur les immeubles de la succession (art. 2111). D'après notre jurisprudence, cette inscription confère aux créanciers séparatistes un véritable privilège sur les immeubles de la succession; désormais, la formule de l'article 3 est donc satisfaite; les créanciers séparatistes sont titulaires d'un droit sur l'immeuble et qu'ils ont publié en se conformant aux lois; ils pourront opposer, à l'occasion, le défaut de transcription d'un acte d'aliénation émané de leur débiteur.

1746. — Enfin, nous mentionnerons, pour mémoire, une opinion, aujourd'hui abandonnée, dans laquelle le créancier chirographaire répondrait à la formule de l'article 3 du moment qu'il aurait saisi un immeuble de son débiteur; il aurait par cela même, acquis un droit réel lui permettant d'opposer le défaut de transcription des actes d'aliénation antérieurs. (*Sic.*, LABBÉ, note *S.*, 1877, 1, 441). Cette thèse est délaissée depuis longtemps; la saisie entraîne bien le dessaisissement du débiteur qui ne peut donc plus aliéner l'immeuble, du moins une fois ladite saisie elle-même transcrite; mais les aliénations antérieurement consenties demeurent opposables aux créanciers.

1747. III. Lacunes du régime actuel; réformes à effectuer et améliorations réalisées à l'étranger.

A. *Critique du régime actuel.* — Le régime de publicité que nous venons de décrire encourt une série de critiques que nous formulons dans l'ordre de leur importance croissante.

1° La transcription a, dans la réalité et même après la réforme opérée en 1935, un *caractère facultatif*; sans doute, l'acquéreur a le plus grand intérêt à transcrire afin de rendre son titre opposable à tous; sans doute encore, *le droit proportionnel de transcription est perçu lors de l'enregistre-*

ment et quand bien même la transcription ne serait pas requise (*sup.* n° 1726); sans doute, enfin, le décret-loi de 1935 impartit à l'acquéreur des délais assez brefs dans lesquels la transcription doit être requise par lui (art. 13 de la loi, nouv. réd.; *sup.*, n° 1715); mais l'opinion commune estime, contrairement à notre sentiment (*loc. cit.*), que ces délais ne sont nullement de rigueur et que le conservateur ne serait pas fondé à refuser la transcription d'un acte qui lui est présenté tardivement : il s'agirait donc ici d'une obligation sans sanction, du moins sans autre sanction que les désagréments éventuels ou indirects ci-dessus rappelés; on comprend donc qu'en fait un grand nombre d'aliénations — surtout celles de faible importance — ne sont point publiées, ce qui enlève à notre organisation foncière beaucoup de son unité;

2° Le système actuellement en vigueur est lui-même *compliqué*, puisque deux grandes réglementations, sans parler de celles qui ont une portée spéciale, sont en présence, celle du Code civil pour les donations de biens susceptibles d'hypothèques, celle de la loi du 23 mars 1855, modifiée et complétée en 1935, pour les autres aliénations. Une refonte de la législation, dans le sens de la simplification, est hautement désirable; à mesure que se multiplient les lois et les décrets relatifs aux différents ordres de transcription, nous nous éloignons de plus en plus du but à atteindre, qui est l'unité de réglementation.

1748. — 3° Notre système de transcription est *incomplet*, même depuis la réforme opérée en 1935 et malgré le supplément d'ampleur donné heureusement, par le décret-loi, au régime institué par la loi de 1855. Bien des transmissions de propriétés, bien des actes intéressant le titre de propriété, sa solidité, son efficacité, sont opposables à tous encore qu'ils n'aient fait l'objet d'aucune publicité, notamment :

a) Les *transmissions à cause de mort*, du moment qu'il y a plusieurs ayants droit, plus exactement du moment qu'il y a régime d'indivision; le législateur compte alors, bien à tort, sur la publicité qui sera donnée au partage, c'est-à-dire à un acte qui n'interviendra peut-être que cinq, dix, trente années ou davantage après la dévolution *mortis causa*; pendant cette longue période, le public pourra ignorer la mutation de propriété, laquelle lui sera cependant opposable, réserve faite des résultats d'un partage éventuel et hypothétique;

b) Comme on l'a vu, les *actes non écrits* échappent à la transcription, sauf dans le cas où ils seraient institués par un jugement;

cf Il faut en dire autant des *actes rétroactifs*, des actes simplement *abdicatifs*, de ceux qui sont *confirmatifs* (*sup.*, n° 1732) ; nous croyons que les *jugements de résolution, d'annulation, de rescision*, ne comportent eux-mêmes, après le décret de 1935 comme auparavant, que la publicité, bien imparfaite, qui se réalise au moyen de la mention en marge et qui n'entraîne d'autre sanction qu'une amende à l'encontre de l'avoué négligent (*sup.*, n° 1731).

1749. — 4° La transcription ne donne pas toute sécurité à celui qui y procède; elle ne lui garantit pas la qualité de propriétaire; *elle ne vaut pas titre*; la règle *nemo dat quod non habet*, conserve, en thèse générale, son empire (*sup.*, n° 1723).

1750. 5° Les registres de publicité sont mal organisés. — Ils sont tenus *par noms de personnes*; on y lit que Primus a vendu l'immeuble A à Secundus, que celui-ci l'a donné à Tertius, etc.; si bien que, pour connaître la situation exacte d'un bien, il faut avoir les noms des personnes qui, depuis le temps nécessaire pour usucaper, en ont eu successivement la propriété; qu'un seul nom soit omis, qu'un seul anneau de la chaîne soit négligé, et le requérant n'aura plus de sécurité, car le propriétaire dont le nom a été oublié a pu, de son côté, consentir des aliénations ou des droits réels qui seront opposables au nouvel acquéreur. Ce régime, qui est celui de la *publicité personnelle*, est donc extrêmement défectueux; il faudrait lui substituer celui de la *publicité réelle*; un feuillet devrait être consacré à chaque parcelle, à chaque domaine, et, sur ce feuillet, se trouveraient mentionnés ou reproduits tous les actes intervenus au sujet de l'immeuble qui aurait ainsi un véritable *état civil* : il suffirait de se reporter à la page y afférente pour se faire, d'un coup d'œil, une idée exacte de sa position juridique actuelle, pour savoir qu'il appartient à Primus et qu'il est grevé d'une hypothèque en faveur de Secundus, d'une servitude au profit de tel autre fonds, etc.

1751. Tenue de livres fonciers. — Dans ce système, les registres de publicité deviennent alors de véritables *livres fonciers*, tenus par parcelles, dans lesquelles chaque immeuble figure avec un numéro d'ordre; seulement, l'organisation de tels livres suppose l'établissement d'un *cadastre* exact, tenu à jour; et la refonte du cadastre actuel nécessiterait certainement un long travail et des frais énormes (*sup.*, n° 1440). C'est ce qui explique que les conclusions

auxquelles a abouti la commission extra-parlementaire du cadastre et qui tendent à l'institution de livres fonciers, ne soient pas encore entrées dans la voie de la réalisation.

1752. B. **Droit comparé.** — Le système des *livres fonciers* fonctionne dans un grand nombre de pays : en *Australie* (act Torrens de 1858) ; en *Allemagne* (C. civ., art. 873 et suiv.) ; en *Suisse* (C. civ., art. 656) ; en *Italie* (C. civ., art. 1932 et suiv.) ; en *Belgique* (L. 1851, art. 1er) ; dans les *Pays-Bas* (C. civ., art. 671) ; au *Portugal* (C. civ., art. 950) ; en *Roumanie* (C. civ., art. 1801), en *Turquie*. Le régime de l'*act Torrens* a été introduit en *Tunisie* dès 1885, et aussi, sous le bénéfice de certaines modifications, dans bon nombre de colonies françaises, à *Madagascar*, au *Congo*, ainsi qu'au *Maroc* (dans ce pays, la surveillance du livre foncier est confiée, non à un magistrat, mais au *conservateur de la propriété foncière*), et dans les *Pays du Levant*, placés sous le mandat français (V. *Le régime de la terre en Syrie*, par Nassib Mounayer, thèse, Lyon, 1929; Alfred Tabet, *La réforme foncière en Syrie et au Liban*, 1936).

Système allemand. — Le système allemand, particulièrement représentatif, repose sur la concordance de deux registres, le registre cadastral (*Flurbuch*), et le livre foncier (*Grundbuch*) qui constitue la contre-partie du premier et dont chaque feuillet est consacré à un immeuble qui s'y trouve immatriculé, avec un numéro d'ordre; sur ce feuillet sont consignés les événements intéressant la vie juridique du fonds : aliénations entre vifs, transmissions à cause de mort, partages, constitution de droits réels.

Ce livre foncier, qui donne ainsi une représentation exacte de la vie et de la position juridique actuelle de chaque immeuble, est tenu, non par un fonctionnaire de l'ordre administratif, mais par un magistrat, le *Grundbuchrichter*, le juge du livre foncier. Cette particularité donne la clef d'une autre directive : les énonciations contenues dans le registre bénéficient du *principe de légalité*; le préposé vérifie si la réquisition qui lui est adressée est légale, si l'acte qui lui est présenté est régulier, au moins dans la forme, et s'il émane de parties capables; en cas de négative, il refuse l'*inscription* demandée; en cas d'affirmative, sa décision a une autorité particulière, qui ne saurait appartenir à la *transcription* de notre droit français; constituant un véritable jugement, émané d'un magistrat, elle bénéficie d'une *force probante* considérable; elle est *présumée exacte*; l'inscription d'un droit au nom d'un propriétaire fait présumer que tel est bien le titulaire dudit droit, tandis que la *radiation*

d'un droit inscrit emporte présomption de son inexistence; car les intéressés peuvent se pourvoir contre la décision du juge et obtenir la radiation d'une inscription qui aurait été irrégulièrement effectuée.

Tel est, dans ses grandes lignes, un régime très cohérent, dans lequel toutes les pièces sont solidaires : concordance des deux registres, tenue du livre foncier par un magistrat de l'ordre judiciaire, principe de légalité, force probante attachée aux énonciations; ces différents postulats s'enchaînent les uns aux autres pour constituer un bloc imposant.

1752*bis*. Alsace et Lorraine. — Lors de la réintégration de l'Alsace et de la Lorraine dans la souveraineté française, la législation allemande sur le régime foncier n'avait pas encore été étendue intégralement à ces régions, et notre législateur se trouvait en présence d'une situation transitoire à laquelle il a paré au moyen de mesures elles-mêmes *transitoires* et *transactionnelles*. La loi du 1er juin 1924 a maintenu les livres fonciers (livre foncier définitif, livre foncier provisoire et livre de propriété), pour une période de *dix ans* (art. 14) avec les principes de *publicité* et de *légalité* (art. 41 et 46 de la loi) qui en constituent l'apanage obligé. Mais, d'autre part, elle adopte, sur bien des points, les règles françaises : distinction du transfert entre les parties, *opéré par le seul consentement*, et du transfert à l'égard des tiers; *sanction relative et limitée* du défaut d'inscription : l'acte non inscrit n'est point opposable aux tiers, mais il n'en demeure pas moins valable; on applique les principes inscrits dans l'article 941 C. civ. et dans l'article 3 de la loi du 23 mars 1855; en outre, pour les *donations* et les *substitutions*, les conséquences du défaut de publicité demeurent réglées par les articles 941 et 1070 du Code civil français (art. 40, § 2 de la loi).

Prorogation. — La loi du 23 décembre 1934 a prorogé jusqu'au 1er janvier 1945 le délai prévu par l'article 14 de la loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements recouvrés.

II. — Publicité de certaines aliénations mobilières

1753. Principe. — En thèse générale, les aliénations de biens mobiliers sont opposables aux tiers en même temps qu'aux parties; la loi n'a pas institué de formalités destinées à en assurer la publicité. C'est une différence essentielle entre les biens meubles et les biens immeubles; nous en avons indiqué les raisons d'être, logiques et pratiques.

1754. Dérogations. — Exceptionnellement, la publicité a été organisée pour les aliénations portant sur certains biens mobiliers, *susceptibles d'être identifiés*, les uns *incorporels*, les autres *corporels*.

I. — *Biens incorporels.* — Des mesures spéciales de publicité sont d'autant plus désirables qu'il s'agit ici de biens qui, réserve faite des titres au porteur, traités d'ailleurs comme biens corporels, ne comportent point la tradition, en sorte que le public n'est pas même mis en éveil par un changement de main.

1° Les *créances* ordinaires, constatées par un titre qui n'est ni à ordre ni au porteur, se transmettent conformément à l'article 1690 qui exige soit une notification au débiteur cédé, soit une acceptation donnée par ce débiteur dans un acte authentique;

2° Les *titres à ordre* sont transmis au moyen de l'*endossement* (C. com. art. 136 et suiv.);

3° Les *titres nominatifs* sont soumis aux formalités du *transfert*;

4° La loi du 23 mars 1855 assujettit à la formalité de la transcription tant les *baux de plus de dix-huit années*, que « *tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus* » (art. 2 — 4° et 5°);

5° Les *fonds de commerce* sont transmis conformément à la loi du 17 mars 1909 (art. 3 et suiv., modif. par l. 31 juillet 1913) qui édicte des formalités de publicité;

6° Les *brevets d'invention* dont la cession n'est valable, au regard des tiers, qu'après avoir été *enregistrée* au secrétariat de la Préfecture (L. 5 juillet 1844, art. 20, modif. l. 28 décembre 1908).

1755. — II. *Meubles corporels.* — La transmission des *navires*, des *bateaux de navigation intérieure*, des *aéronefs*, est soumise à des formalités de publicité.

1° Les *navires.* — La vente ne peut en avoir lieu que par *écrit* (C. com. art. 195); de plus, la loi exige la *mutation en douane*, laquelle est réalisée à l'aide d'une *inscription* sur le *registre des francisations* (Ripert, *Droit maritime*, t. I, n^{os} 367 et suiv.).

Ce régime de publicité est supérieur à celui de la transcription en matière immobilière. 1° La mutation en douane est exigée, même et sans restriction, lorsque la transmission de propriété s'opère à cause de mort; 2° Le système de publicité est *réel*; le registre est tenu par noms de navires, un

feuillet étant consacré à chaque navire; 3° L'inscription au registre *vaut titre*, tandis que cette force est refusée à la transcription immobilière;

2° *Les bateaux de navigation intérieure.* — La vente doit également être faite par *écrit*; elle doit être inscrite sur un registre tenu au *greffe du tribunal de commerce* du lieu de l'immatriculation. Ceci, pour les bateaux de plus de vingt tonnes (L. 5 juillet 1917, art. 15 et 16).

Ce mode de publicité est *réel*, comme le précédent, le registre étant tenu par bateaux; il fonctionne pour tous actes et jugements constitutifs ou *déclaratifs* de droits réels (art. 16);

3° Les *aéronefs.* — La loi du 31 mai 1924 *sur la navigation aérienne*, exige également la rédaction d'un droit pour la vente et l'inscription sur un registre d'immatriculation tenu par les soins du ministère chargé des services de l'aéronautique (L. 31 mai 1924, art. 3 et 12); cette formalité est requise à l'occasion de toutes les mutations de propriété, entre vifs ou à cause de mort et des actes même simplement *déclaratifs* (art. 12, § 2); elle vaut titre (art. 11).

§ III. — LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ET LES ACTES ÉMANÉS « *A NON DOMINO* »

Usucapion abrégée de dix à vingt ans

1756. Position du problème. — Jusqu'ici, nous n'avons envisagé que des contrats intervenus entre le propriétaire de la chose et celui qui se propose d'acquérir; nous avons supposé, par exemple, que l'acheteur traitait avec un *dominus*. Nous devons maintenant nous préoccuper de l'éventualité où il a affaire à un *non dominus*, ou encore à un propriétaire dont les droits sont sujets à une menace de destruction : nullité, rescision, résolution, révocation.

En pareil cas, il est manifeste que le contrat ne peut pas faire de l'acquéreur, par exemple de l'acheteur, un propriétaire incommutable : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*; l'acheteur succède au vendeur, sans plus; comme lui, il est dépourvu de tous droits ou bien il n'est investi que d'une propriété annulable, rescindable, résoluble, révocable; vainement transcrira-t-il son titre; la transcription conserve ce qui existe, mais elle ne crée rien; pas plus que le contrat, elle ne saurait faire surgir un droit de propriété là où il n'en a jamais existé (*sup.*, n° 1720).

1757. Intervention de l'usucapion abrégée de dix à vingt ans. — L'acheteur de la chose d'autrui ne devient donc propriétaire ni par la vente, ni par la transcription; mais cette situation ne se prolonge pas toujours indéfiniment; elle est susceptible d'être améliorée par la possession prolongée : que l'acheteur possède l'immeuble pendant un certain temps, et il deviendra peut-être propriétaire, après trente années, normalement et par le jeu de la prescription de droit commun, mais peut-être même plus tôt s'il bénéficie de l'usucapion de dix à vingt ans. C'est l'*usucapion abrégée* qui, très différente, nous le verrons, de l'usucapion trentenaire, consolide le titre imparfait de l'acquéreur et lui assure, après coup, l'efficacité dont il était par lui-même dépourvu; après une possession prolongée pendant une période de dix à vingt ans, la vente de la chose d'autrui, notamment, va devenir translative de propriété.

1758. Plan. — Nous étudierons cette usucapion abrégée de dix à vingt ans, en recherchant :

1° A quelles *conditions* elle s'accomplit:

2° Quelle est sa *nature* et quels sont ses *effets*.

1759. I. Conditions requises. — Elles sont relatives :

1° A la *nature de la chose* acquise et possédée;

2° Au *juste titre*;

3° A la *bonne foi*;

4° A la *durée* de la possession requise.

A. *Première condition : nature de la chose acquise et possédée.* — Cette chose doit être susceptible de possession *ad usucapionem*; il faut donc, notamment, qu'elle soit dans le commerce (*Sup.*, n°1573); mais la loi exige, en outre, qu'il s'agisse d'un *immeuble*; à la différence de la prescription trentenaire qui trouve à s'employer même en matière mobilière, l'usucapion abrégée n'a été établie que pour les immeubles, ainsi qu'il ressort des articles 2265 et 2266; comme nous le verrons, ces textes prennent en considération, pour la fixation du délai de l'usucapion abrégée, le lieu de la situation de l'immeuble (*Infra*. n° 1768).

1760. — B. *Deuxième condition : le juste titre.* — Le possesseur ne bénéficie de l'usucapion abrégée qu'autant qu'il est muni d'un *juste titre* (art. 2265). On entend par là le titre qui tendait à transférer la propriété et qui l'eût effectivement transférée si l'aliénateur avait été propriétaire de la chose; c'est l'acte qui n'a manqué son but que parce qu'il est émané d'un *non dominus* : une *vente*, un *échange*, une *donation*, un *testament*, une *adjudication*.

1761. Actes qui ne constituent pas des justes titres. — Il faut écarter tous les actes qui ne tendent pas à déplacer la propriété, qui n'auraient pas réalisé de transfert alors même qu'ils fussent émanés du propriétaire.

1° Les actes étrangers à toute idée de déplacement, d'attribution de propriété : un contrat de *bail*, de *prêt*, ou, en droit administratif, un *arrêté de reconnaissance* rendu au profit d'une commune (Req. 12 juin 1928, *S.*, 1929, 1, 13; *D. P.*, 1929, 1, 44);

2° Les actes *déclaratifs* : *partage*, *transaction*, la plupart des *jugements* (*sup.*, n° 1729);

3° Le *titre putatif*, c'est-à-dire celui qui n'existe que dans l'imagination du possesseur, par exemple un testament révoqué par un testament postérieur que l'on découvre par la suite. Un titre de ce genre n'aurait pas pu transmettre la propriété, même s'il fût émané d'un propriétaire, puisqu'il est sans réalité; on ne comprendrait pas qu'il fût consolidé par une longue possession (Req. 22 juillet 1875, *S.*, 1875, 1, 17).

Il est vrai que l'on donne, pour l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, une solution différente; on se contente alors d'un titre putatif (*sup.*, n° 1408). Mais cette différence s'explique : l'article 550 ne présente le juste titre que *comme un élément de la bonne foi*; pourvu que celle-ci existe, le possesseur fait les fruits siens; dès lors, un titre putatif a la même valeur qu'un titre effectif, puisque, comme lui, il est susceptible de déterminer une erreur et d'étayer, de justifier la bonne foi du possesseur. Au contraire, pour l'usucapion abrégée, l'article 2265 exige *distinctement* la bonne foi et le juste titre; il y a là deux conditions indépendantes dont l'une ne saurait suppléer l'autre. Il faut cependant convenir que la tradition était en sens contraire et que le titre putatif était retenu par nos anciens auteurs, pour l'usucapion comme pour l'acquisition des fruits;

4° *Le titre nul de nullité absolue*, ou, *a fortiori*, le *titre inexistant*. A vrai dire, le Code civil pose la règle dans des termes différents : il semble établir une antithèse tranchée entre les actes nuls *par défaut de forme*, lesquels ne pourraient jamais servir de base à l'usucapion abrégée, et d'autre part les actes atteints d'un *vice de fond*, qui auraient au contraire l'aptitude à jouer le rôle de juste titre (art. 2267). Mais on s'accorde à interpréter cette disposition rationnellement, non littéralement; il semble bien que le législateur ait considéré que les vices de forme sont toujours sanctionnés par une nullité absolue, les vices de fond invariablement

par une nullité relative; mais ce point de vue n'est qu'approximativement exact. Il est des règles de forme dont l'inobservation n'entraîne qu'une simple annulabilité (omission des formalités prescrites pour l'aliénation des biens d'un mineur, ou, pour les actes écrits, omission des règles formulées dans les articles 1325 et 1326), et surtout il existe quantité de vices de fond qui sont sanctionnés par la nullité radicale de l'acte incorrect (violation de règles intéressant l'ordre public : donation entachée de substitution, pacte sur succession future, vente consentie par le prête-nom d'une congrégation dissoute; Req. 5 janv. 1927, *D. H.*, 1927, 66).

La véritable opposition s'établit donc entre les actes simplement *annulables*, lesquels peuvent jouer le rôle de juste titre, et d'autre part les actes *radicalement nuls* ou *inexistants*, lesquels ne sauraient servir de base à l'usucapion de dix à vingt ans;

5° *Les actes affectés d'une condition suspensive.* — La condition tenant en suspens l'existence même du droit, un acte de ce genre ne peut servir de juste titre qu'à partir du jour de la réalisation de l'événement mis *in conditione*.

Au contraire, l'acte affecté d'une condition *résolutoire* joue aussitôt le rôle de juste titre; mais, si la condition vient ensuite à se réaliser, tout disparaît rétroactivement et il n'est plus question ni de juste titre, ni d'usucapion abrégée.

1762. Titre non transcrit. — On s'est demandé si l'acte ne devait pas être transcrit, à peine de ne pouvoir jouer le rôle de juste titre, à supposer, bien entendu, que ledit acte soit sujet à transcription, qu'il s'agisse par exemple d'une vente d'immeuble, et, en faveur de l'affirmative, on a observé qu'un acte qui n'est pas transcrit n'est pas opposable aux tiers; donc, le possesseur ne saurait l'invoquer vis-à-vis du propriétaire menacé par l'usucapion; car ce propriétaire est bien un tiers, n'ayant pas participé à la vente de sa propre chose.

C'est cependant l'opinion négative qui l'a emporté :

a) L'article 2265 n'exige pas que l'acte ait été transcrit; cet argument n'est d'ailleurs pas décisif, puisque ce texte a été rédigé à une époque où la transcription n'était exigée que pour les donations de biens susceptibles d'hypothèque, et on comprendrait parfaitement qu'il eût été indirectement et implicitement complété par la loi du 23 mars 1855;

b) La transcription a pour but de consolider le crédit foncier; elle a été établie en vue de protéger les ayants cause de l'aliénateur, en leur permettant de rechercher si celui-ci n'a pas déjà aliéné l'immeuble au profit d'une autre

personne. Or, telle n'est pas la situation du propriétaire menacé par une usucapion, il ne rentre pas dans la catégorie des ayants cause; il ne se propose de traiter avec personne; il demande seulement à conserver sa propriété; la loi de 1855 n'est pas faite pour lui; elle est intervenue pour résoudre les conflits entre ayants cause du même auteur (*sup.*, n° 1720); or, dans l'espèce, le possesseur ne se présente nullement comme l'ayant cause du véritable propriétaire qui, par hypothèse, était demeuré étranger à la vente; ce propriétaire ne peut donc lui reprocher de n'avoir point transcrit; il le peut d'autant moins qu'il ne répond pas à la formule de l'article 3 de la loi de 1855 (*Sic* : Bastia, 5 fév. 1890, *S.*, 1890, 2, 136, *D. P.*, 1890 2, 363; Caen, 17 mars 1891, *S.*, 1891, 2, 118; *contra*, Alger, 15 nov. 1890, *S.*, 1891, 2, 53).

1763. Titre n'ayant pas date certaine. — En revanche il est indispensable, pour qu'un acte serve de juste titre, qu'il ait *date certaine* au sens de l'article 1328; le propriétaire qui revendique son immeuble est assurément un tiers, puisqu'il n'a pas figuré à l'acte et qu'il n'y a pas été représenté (Alger et Caen, décisions précitées).

1764. — C. *Troisième condition : la bonne foi.* — La notion de la bonne foi est dans un rapport étroit avec celle du juste titre : elle consiste, pour le possesseur, par exemple pour l'acheteur, à croire que son auteur était propriétaire incommutable et que la vente l'a donc rendu propriétaire (art. 2265).

La bonne foi, ainsi comprise, est très relative : elle ne porte que sur la question de propriété de l'aliénateur, c'est-à-dire précisément sur le vice que l'usucapion doit couvrir. Peu importe que l'acheteur eût connaissance des autres vices dont son titre pouvait être entaché, par exemple à raison de l'incapacité de son auteur; sa bonne foi n'en existe pas moins au point de vue spécial de l'usucapion.

1765. — Il résulte de là que *la connaissance des vices du titre de l'auteur* est traitée plus sévèrement que celle des *vices du juste titre;* la première est exclusive de la bonne foi, de la croyance à une propriété incommutable; l'acquéreur a su qu'il avait en face de lui un propriétaire dont les droits étaient susceptibles de disparaître rétroactivement; la deuxième, au contraire, est compatible avec la bonne foi spécialisée, localisée à la matière de l'usucapion, à condition toutefois que les vices dont il s'agit n'entraînent pas la

nullité absolue de l'acte qui deviendrait alors impropre à jouer le rôle de juste titre (*sup.*, n° 1761) ; mais, sous le bénéfice de cette réserve, l'acheteur usucapera par dix à vingt ans, encore que la vente fût, par exemple, annulable pour cause d'incapacité; il y a alors deux vices distincts : le défaut de propriété dans la personne du vendeur le défaut de capacité dans celle du vendeur ou de l'acheteur; c'est seulement le premier de ces vices que l'usucapion tend à couvrir et c'est par rapport à lui seulement que la bonne foi du possesseur est appréciée.

1766. Précisions. — 1° La bonne foi doit être *pleine et entière*; le moindre doute, de la part de l'acquéreur, sur la propriété, ferme et définitive, de l'aliénateur, est exclusif de la bonne foi au sens de l'article 2265;

2° La bonne foi est exigée, non pas au cours de la possession tout entière, mais seulement à un moment qui est, non pas celui de l'entrée en possession, mais bien celui de l'*acquisition*, par exemple de la *vente* (art. 2269). La *mala fides superveniens* n'est d'aucune considération; la possession se qualifie par ses qualités originelles. Il est au contraire des législations qui, conformément au droit canonique et aux traditions coutumières, exigent que la bonne foi ait persisté au cours de tout le délai requis pour prescrire, ce qui est évidemment plus moral. (*Sic*, Code civil fédéral *suisse*, art. 661) ;

3° L'erreur de *droit*, aussi bien que l'erreur de *fait*, est prise en considération et devient constitutive de la bonne foi du possesseur (Douai, 2 fév. 1909, *S.*, 1910, 2, 44) ;

4° La bonne foi *se présume* toujours (art. 2268).

1767. — D. *Quatrième condition : Durée de la possession. Principe.* — Les règles applicables à la possession sont identiques à celles qui gouvernent la prescription trentenaire : on exige une possession *ad usucapionem* (*sup.*, n° 1574).

Seule diffère la *durée* de la possession; encore le délai se calcule-t-il de même, *de jour à jour*, en négligeant le *dies a quo*, mais en faisant état du *dies ad quem*; de plus, on voit intervenir, pour cette usucapion abrégée, les mêmes causes de *suspension* et d'*interruption* précédemment étudiées (*sup.*, n^{os} 1578 et suiv.).

Deux points seulement doivent retenir l'attention : 1° la *longueur du délai*; 2° la *jonction des possessions*.

1768. 1° Longueur du délai. — L'article 2265 établit une distinction classique suivant que le propriétaire est

présent ou *absent*; ces mots ne revêtent point en l'occurrence leur signification juridique exacte; leur acception est appropriée au sujet. Le propriétaire est considéré comme présent s'il habite dans le ressort de la cour d'appel du lieu de la situation de l'immeuble; dans le cas contraire, on le répute absent, eu égard à l'usucapion abrégée, et le délai est fixé à *vingt ans*. On a pensé que plus le propriétaire est éloigné de son immeuble et plus il lui est difficile d'interrompre la prescription, plus il convient donc de le protéger en imposant au possesseur, en voie d'usucaper, un délai relativement long.

Le législateur a poussé le souci de la justice en pareille matière jusqu'à prévoir le cas où le propriétaire serait présent pendant une partie du délai et absent pendant le surplus, et il décide que les règles par lui posées doivent être appliquées distributivement, deux années d'absence équivalant à une année de présence (art. 2266) : si, par exemple, ce propriétaire est resté dans le ressort pendant cinq années, puis en est sorti, les cinq années de présence qui lui manquaient alors pour avoir usucapé seront remplacées par dix années d'absence, en sorte que la prescription s'accomplira après un délai de quinze années. Ainsi s'explique que l'usucapion abrégée soit qualifiée de prescription de dix *à* vingt ans, et non pas de dix *ou* vingt ans; le délai nécessaire peut s'étager entre les deux points extrêmes.

1769. — La seule question controversée porte sur la définition exacte de l'absence et de la présence : est-ce le domicile de l'article 102 qui est pris en considération, ou bien la résidence, telle que nous l'avons caractérisée? La teneur de la loi fournit des indications incertaines, l'article 2265 se référant à la fois à l'habitation et au domicile, tandis que l'article 2266 n'envisage plus que cette dernière notion. Nous inclinons à croire que c'est, en effet, le domicile qui est décisif : *a*) parce que le législateur s'y réfère par deux fois dans les articles 2265 et 2266; *b*) parce que c'est un principe assez constant que les rédacteurs du Code civil n'ont pas fait produire d'effets juridiques à la simple résidence (*sup.*, n° 228); *c*) parce que le domicile, par sa permanence et sa fixité, est plus facile à déterminer que la résidence, du moins au cours d'une longue période comme celle de l'usucapion : il n'est pas toujours aisé de reconstituer rétrospectivement les diverses résidences du propriétaire pendant les dernières dix à vingt années. (*Sic*, Req. 16 déc. 1935, *S.*, 1936, 1, 93; Grenoble, 12 juillet 1834, *S.*,

1835, 2, 476; *contra*, Pau, 6 juillet 1861, *D. P.*, 1861, 2, 213, *S.*, 1861, 2, 433; Maurice PICARD, n° 715).

1770. 2° Jonction des possessions. Combinaison des deux sortes d'usucapion. — Cette combinaison soulève un problème dont la solution est d'ailleurs aisée, grâce à la directive suivante : *le temps de possession qui a compté pour l'usucapion abrégée peut être utilisé en vue de l'usucapion trentenaire, mais sans réciprocité.*

Applications : *a)* Un individu commence une prescription sans juste titre ou sans bonne foi, donc une prescription de trente ans; après huit années, il vend l'immeuble et l'acquéreur a juste titre et bonne foi; ce dernier ne pourra pas émettre la prétention d'avoir prescrit après deux années de possession; il devra posséder personnellement pendant dix ans; *b)* Si on modifie l'hypothèse précédente et si on suppose que le premier possesseur avait vingt-cinq années de possession, l'acheteur pourra, après cinq années de possession personnelle, se réclamer, non de l'usucapion abrégée, mais de la prescription trentenaire; *c)* Si l'on renverse l'hypothèse, si c'est le premier possesseur qui avait juste titre et bonne foi et si son ayant cause ne réunit pas ces conditions, ce dernier ne peut absolument pas usucaper par dix à vingt ans; sa seule ressource sera l'usucapion trentenaire, mais, pour la réaliser, il sera admis à faire état de la possession de son prédécesseur; *d)* Enfin, si les deux possessions sont de même qualité, toute difficulté disparaît; et c'est ce qui se produit lorsque le nouveau possesseur est un successeur à titre universel du premier; il y a alors *successio in possessionem*; il y a une seule possession caractérisée une fois pour toutes par ses origines (*sup.*, n° 1599).

1771. II. Nature et effets de l'usucapion de dix à vingt ans. Principe. — L'usucapion abrégée, à laquelle une section spéciale est consacrée dans le Code civil, est une tout autre institution que l'usucapion trentenaire; à la différence de celle-ci, elle ne peut se ramener à un mode de preuve de la propriété, puisque, par hypothèse, son bénéficiaire est muni d'un titre ayant date certaine, qui suffit donc, par lui-même et en thèse générale, à faire la preuve dont il s'agit; c'est un ayant cause que son titre n'a pas pu rendre propriétaire parce qu'il émanait d'un *non dominus*. En ce sens, l'usucapion abrégée est *ouvertement acquisitive* : grâce à elle, un non-propriétaire devient propriétaire; il n'y a là ni présomption, ni fiction quelconque.

Seulement, si on y réfléchit, ce n'est pas, à dire vrai l'usu-

capion elle-même qui déplace la propriété, mais bien le *juste titre, renforcé, consolidé par une possession*; d'abord et en lui-même inefficace, impropre à atteindre le but visé, ce titre va réaliser l'objectif poursuivi grâce au soutien que lui apportera une possession de dix à vingt ans; l'*usucapion abrégée a une valeur d'appoint*; elle fortifie le titre en le purgeant de ce vice spécial dont il était atteint : le défaut de propriété chez l'aliénateur.

1772. — Que telle soit bien la conception du Code civil, c'est ce qu'on pourrait difficilement contester; on ne saurait expliquer autrement :

1° L'exigence d'un titre effectif et l'insuffisance d'un titre putatif (*sup.*, n° 1761);

2° Ni que la bonne foi soit requise, non lors de l'entrée en jouissance, mais bien au moment de l'acquisition, c'est-à-dire au moment du juste titre, vente, donation, échange, etc. (*sup.*, n° 1766);

3° D'ailleurs, c'est la loi elle-même qui dit, dans l'article 2267, que le titre nul par défaut de forme ne peut servir de *base* à l'usucapion abrégée; c'est donc que le titre valable sert effectivement de *base* à ce genre de prescription.

1773. Conséquences. — Le point de vue que nous adoptons permet d'expliquer des solutions, d'ailleurs incontestées :

1° Une fois l'usucapion accomplie, le bénéficiaire est réputé propriétaire dès le jour du juste titre, donc rétroactivement. La solution est la même que pour l'usucapion trentenaire (*sup.*, n° 1602); elle présente les mêmes intérêts (*ibid.*), mais elle s'explique différemment;

2° Puisque c'est le juste titre qui sert toujours de titre à l'ayant cause — et non l'usucapion — les obligations qui en découlaient sont intégralement maintenues. Si c'est une vente qui a lieu, l'acheteur ne pourrait pas prétendre se dérober à ses engagements, et notamment refuser de payer le prix, en alléguant qu'il est désormais propriétaire, non par l'effet de la vente, mais par la vertu de l'usucapion;

3° Si le juste titre est annulable ou rescindable, l'usucapion ne fera pas obstacle à ce que l'annulation ou la rescision puissent en être demandées. Sans doute, l'action en nullité ou en rescision sera peut-être éteinte par la prescription, mais celle-ci est indépendante de l'acquisition qui s'est réalisée grâce à l'usucapion;

4° L'acquéreur, malgré la prescription abrégée, devra respecter les droits réels dont l'immeuble pouvait être grevé :

il l'a acquis tel qu'il se comportait dans le patrimoine de son auteur; il reste l'ayant cause de celui-ci. Il est vrai qu'il peut conquérir, par l'effet du temps, la liberté du fonds, mais ce sera par des procédés distincts de l'usucapion qui a consolidé sa situation de propriétaire; autre chose est la prescription contre les servitudes ou les hypothèques établies sur le fonds, autre chose l'usucapion du fonds lui-même.

Section IV. — ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR LE TESTAMENT

1774. — Un individu déclare, dans son testament, laisser tous ses biens, ou une partie d'entre eux, ou tel bien déterminé, ou une somme d'argent à telle personne; il fait ainsi une libéralité par acte de dernière volonté, un *legs*.

Ce testament ne produit aucun effet immédiat; du vivant de son auteur, il n'est qu'un simple projet, révocable, modifiable *ad nutum*. Mais, que le testateur vienne à décéder, et la situation est transformée du tout au tout; elle se cristallise soudain; le légataire devient propriétaire des biens qui lui ont été légués, à moins, bien entendu, qu'il ne décline la libéralité. Aussi l'article 711 dit-il que la propriété de biens s'acquiert et se transmet par... *donation... testamentaire*.

Il faut bien comprendre que le testament, à la différence d'une convention, est l'œuvre d'une *volonté unique*; c'est un acte strictement *personnel* et *unilatéral*.

On sait que le légataire doit faire *transcrire* une attestation notariée, du moins si, étant seul, il échappe au partage (*sup.*, n° 1731).

Section V. — ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR LA TRADITION

1775. — Dans notre droit positif français, il est assez rare que la *tradition* — ou remise de la chose — soit par elle-même et effectivement translative de propriété; en consacrant le principe de l'effet translatif des contrats, le législateur moderne a destitué la tradition de sa fonction séculaire. C'est ainsi que, dès le jour et par le seul effet de la vente, l'acheteur devient propriétaire de la chose vendue indépendamment de toute délivrance (*Sup.*, n^{os} 1691 et suiv.).

Cependant, la tradition remplit encore sa fonction translative dans les deux catégories d'hypothèses suivantes :

1° Le contrat, qui tend à un transfert de propriété, porte, non sur un corps certain, mais sur des choses déterminées seulement *in genere* : tant d'hectolitres de blé; tant d'hectares de terre à prendre dans telle région. Alors, le contrat ne suffit pas, par lui-même, à déplacer la propriété; encore faut-il que les biens vendus soient individualisés, qu'ils soient mis à l'état de corps certains; et c'est ordinairement grâce à la tradition que ce résultat sera atteint. D'autres procédés d'identification, donc de transfert de propriété, sont d'ailleurs concevables et fonctionnent pratiquement : comme l'apposition d'une marque;

2° Les *dons manuels* : notre jurisprudence admet la validité des donations qui s'effectuent de la main à la main, sans autre formalité. Alors, c'est la tradition qui réalise le transfert de propriété, et non pas la convention qui, pour être efficace, doit être revêtue de la forme notariée (art. 931).

Section VI. — DE L'ACQUISITION EN VERTU D'UN ACTE DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE

1776. — Il arrive que ce soit un acte de l'autorité publique qui déplace la propriété d'un bien, notamment d'un immeuble; les jugements d'*adjudication sur saisie* et les décisions d'*expropriation pour cause d'utilité publique* nous montrent ce procédé en action.

1° *Jugement d'adjudication sur saisie.* — Un débiteur ne paie pas ses créanciers; ceux-ci saisissent ses biens et les font vendre judiciairement; l'adjudication a lieu au profit du plus fort enchérisseur; le tribunal, devant lequel se sont déroulées les opérations, rend à cet effet un jugement d'adjudication qui est évidemment translatif, mais qui n'est opposable aux tiers qu'à la condition d'avoir été transcrit (art. 717, C. pr. modif. par l. 21 mai 1858);

2° *Décision d'expropriation pour cause d'utilité publique.* — L'ordonnance du président du tribunal qui prononce l'expropriation d'un terrain, d'une maison, consacre un transfert de propriété au profit de la partie expropriante, Etat, commune, etc.; elle doit être aussitôt publiée et affichée (art. 19), puis transcrite (Décret-loi du 8 août 1935, *relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, art. 20).

Section VII. — ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ EN VERTU DE LA LOI

1777. — Nous rangeons sous cette rubrique les cas d'acquisition qui ne peuvent s'abriter sous aucune des enseignes

précédentes et qui ne sauraient s'expliquer qu'en faisant intervenir l'autorité de la loi.

1° C'est en vertu de la loi que l'héritier *ab intestat* acquiert les biens héréditaires, *erga omnes*, et indépendamment de toute transcription (art. 711);

2° C'est la loi qui attribue au voisin les fruits tombés d'un arbre dont les branches avancent sur son fonds (art. 673);

3° C'est elle encore qui accorde aux envoyés en possession provisoire la totalité ou une partie des fruits des biens d'un absent (art. 127);

4° Ce sont aussi les textes législatifs qui confèrent aux parents la jouissance légale des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans (art. 384);

5° La loi attribue à l'Etat les biens (immeubles) vacants et sans maître (art. 539 et 713);

6° Elle lui fait acquérir les dépôts et avoirs non réclamés (L. 25 juin 1920, art. 111; *inf.* t. II, n^{os} 999 et s.).

CHAPITRE VI

Modalités de la propriété
Ses différents aspects; limitations dont elle est susceptible

1778. Généralités et classification. — La propriété, telle que nous l'avons étudiée jusqu'à présent, c'est la propriété dans toute sa plénitude, c'est le droit commun de la propriété. Mais ce droit commun comporte des variantes, des adaptations, des limitations; le droit de propriété, dont la plasticité est presque infinie, se prête à des modalités qui constituent en même temps des restrictions.

Ces modalités sont à répartir dans trois catégories, selon qu'elles affectent *le droit de propriété lui-même*; son *objet* ou ses *attributs*.

1° *Modalités et limitations qui affectent le droit de propriété lui-même*, envisagé isolément de son objet et de ses attributs. En ce cas, c'est le droit, c'est l'entité juridique qui est fractionnée entre plusieurs personnes ayant des titres égaux ou comparables. Deux exemples nous sont fournis de cette situation juridique, l'un par la *copropriété*, l'autre par la propriété affectée d'une *condition*. Nous voyons le droit fractionné, dans le premier cas entre plusieurs communistes, jouissant de prérogatives identiques, dans le deuxième entre un propriétaire sous condition résolutoire et un propriétaire sous condition suspensive. Dans l'une et l'autre

de ces éventualités, les droits rivaux portent sur une même chose; d'où limitation réciproque; ils se refoulent les uns les autres.

2° *Modalités et limitations affectant, non le droit de propriété lui-même, mais son objet.* — Les exemples de pareilles variantes sont nombreux : il existe des propriétés restreintes, les unes au *tréfonds* (*mines*, avant la loi du 9 sept. 1919, *sup.* n^os^ 1449 et 1481); d'autres à la *surface* (droit de superficie), voire même à une *partie de la superficie* : il est des maisons dont chacun des étages appartient à un propriétaire différent;

3° *Modalités et limitations portant sur les attributs du droit de propriété.* — On voit fréquemment un des attributs se détacher de ce droit pour constituer, le plus souvent mais non pas toujours, un démembrement ou une charge de la propriété, un droit réel établi au profit d'une autre personne ou d'un autre fonds.

Nous étudierons successivement ces trois catégories de modalités et de limitations.

Section I. — MODALITÉS ET LIMITATIONS AFFECTANT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ LUI-MÊME

1779. Plan. — Comme nous l'avons indiqué, il sera traité, sous cette rubrique, de la *copropriété*, puis de la *propriété conditionnelle*.

§ I. — LA COPROPRIÉTÉ (*Propriété plurale*)

V. Aur. Ionasco, *La copropriété d'un bien*, thèse, Paris, 1930; Hamed Zaki, *Vers une réglementation de la copropriété avec indivision en Egypte*, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1933, p. 376 et p. 507; L. Josserand, *Essai sur la propriété collective*, *Livre du centenaire du Code civil*, p. 357. Jean Vincent, *Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage*, *Rev. crit.*, 1932, p. 284.

1780. Définition. — Il y a copropriété du moment qu'une seule et même chose appartient, dans son ensemble, à plusieurs personnes, sans qu'on puisse leur assigner des parts matérielles et divises, sans qu'aucune d'elles puisse dire : ceci est à moi seul. C'est, par exemple, une maison qui appartient à Primus, à Secundus et à Tertius, sans qu'aucun d'eux puisse prétendre à la propriété exclusive de l'une des parties de l'immeuble : ces trois tenants sont des *copropriétaires*

taires, ou encore des *communistes*, puisque la chose leur appartient *en commun*. La copropriété est une *propriété plurale*.

1781. Copropriété et indivision. — Dans notre droit français, héritier du droit romain et parfois sans bénéfice d'inventaire, la notion de *copropriété* est liée étroitement à celle d'*indivision* : on dit que la chose commune est *indivise* entre les copropriétaires; on dit que ceux-ci sont *dans l'indivision* : ils sont des *indivisaires*. L'indivision est la figure juridique que revêt, dans notre droit et d'après la tradition romaine, la copropriété; ce qui revient à dire que celle-ci est construite sur le plan de la propriété *unitaire*, et non pas sur celui de la propriété collective.

Cette conception rudimentaire est très défectueuse; les jurisconsultes romains, par ailleurs si avisés, n'avaient pas su construire la copropriété sur des bases scientifiques et rationnelles; procédant empiriquement, ils avaient rattaché cette situation juridique à la notion de propriété individuelle, ce qui était un *contre-sens*, ce qui les avait conduits et ce qui a conduit notre législateur à la consécration d'un régime enchevêtré au point de devenir inextricable. Le progrès consistera à libérer la copropriété du concept de l'indivision, à la faire passer dans le moule de la propriété collective; le système *germanique* de la *propriété en main commune* aura raison du système *romain*, de la copropriété indivise : la conception d'une propriété à la fois *plurale* et *individuelle* constitue une inélégance juridique (*inf.* n° 1811).

1782. Plan. — Nous en tenant, pour le moment, au système de la copropriété indivise, qui est celui de notre droit positif français, nous rechercherons :

1° Comment cette copropriété *s'établit*;

2° Quelles en sont les *conséquences*, à quel *régime* les copropriétaires sont soumis;

3° Comment elle *prend fin*; quelle est la *durée* de l'indivision.

1783. I. Sources de la copropriété. — L'indivision a sa cause, initiale ou prolongée, soit dans la *volonté de l'homme*, soit dans un *texte de loi*, soit enfin dans une *décision de justice*.

A. *Volonté de l'homme.* — A cet égard, le domaine de l'indivision a reculé devant la personnalité morale dont les progrès sont, pour elle, autant de défaites : c'est ainsi que les biens ressortissant à des *sociétés civiles* ont échappé au régime de l'indivision le jour où, en 1891, la Cour de cassa-

tion a reconnu la personnalité à ce genre de groupements : du coup, la propriété des biens sociaux s'est trouvée unifiée, grâce à la notion de la personnalité juridique qui a réalisé la synthèse des forces individuelles; la même observation s'applique aux *associations* qui, pourvu qu'elles aient été *déclarées*, jouissent d'une personnalité incompatible avec l'idée d'une tenure indivise (*sup.* n^os^ 189 et 671)

Au contraire, l'indivision demeure le régime auquel sont soumis :

1° Les biens ressortissant à des sociétés ou à des associations dépourvues de la personnalité (*sociétés en participation*, C. com., art. 49; *associations non déclarées*);

2° Les biens composant la *communauté conjugale*, à moins cependant qu'on ne les considère avec plus de vraisemblance comme étant l'objet, dès maintenant, d'une copropriété sans indivision;

3° Les biens *achetés en commun* par plusieurs personnes, sans assignation de parts;

4° Les biens *légués* à plusieurs gratifiés, sans détermination de parts également;

5° Les *clôtures mitoyennes* (*inf.*, n^os^ 1797 et suiv.).

1784. — B. *Volonté du législateur.* — Il est des indivisions qui sont consacrées directement et exclusivement par un texte de loi, telle celle qui existe entre *cohéritiers* : à l'instant de l'ouverture de la succession, ceux qui sont appelés à la recueillir se trouvent dans l'état d'indivision en ce qui concerne les biens héréditaires — réserve faite des créances qui se divisent entre eux de plein droit. Si, par exemple, le défunt laisse trois enfants, la maison qu'il possédait se trouve indivise entre les trois héritiers, dont les parts sont égales. Tous les biens héréditaires appartiennent à tous les héritiers, dans la mesure de leurs vocations héréditaires.

1785. — C. *Décision de justice.* — La législation récente a permis, dans quelques cas, sinon la création, du moins la prolongation de l'indivision héréditaire en ce qui concerne certains biens : voyez, pour le *bien de famille*, la loi du 12 juillet 1909, articles 18 et 19, et, pour les *habitations à bon marché*, la loi du 5 décembre 1922, article 81, textes modifiés par une loi du 13 février 1937. Dans ces différents cas, l'indivision peut être maintenue, au décès du chef de famille, sur la demande du conjoint survivant ou d'un enfant, et par *décision du juge de paix* (*inf.*, n° 1793).

1786. II. Régime juridique de l'indivision. — Nous négligerons les cas où la situation des copropriétaires aurait été fixée par la *loi* (communauté conjugale), et aussi ceux où elle aurait été réglementée par une *convention*, dont les clauses auraient alors un caractère obligatoire, dans les limites de l'ordre public tout au moins; et nous nous demandons quels principes sont applicables dans le silence de la loi et de la convention. La jurisprudence s'est efforcée d'édifier un système, en s'inspirant des règles inscrites dans quelques textes épars (art. 815, 841, 883, 1667 à 1671, 2205) et surtout de la tradition.

1787. Idée maîtresse et conséquences. — Il semble que l'idée maîtresse de ce système réside dans une distinction, assez factice et fort inattendue, entre la quote-part idéale appartenant à chacun des indivisaires sur la chose commune — la moitié, le tiers, le dixième, etc. — et cette chose elle-même.

1° Sur sa *quote-part*, le copropriétaire est considéré comme ayant un véritable droit de propriété, donc un droit réel. Il peut donc soit la *céder*, à titre onéreux ou à titre gratuit, soit l'*hypothéquer*, soit encore agir en *revendication* contre un tiers, tout au moins dans le but de faire reconnaître judiciairement son droit de propriété. Envisagée sous ce premier aspect, l'indivision se présente donc comme un régime essentiellement *individualiste*, un régime de *dispersion* des forces communes; chacun peut agir pour son propre compte. Il y a seulement lieu de remarquer que le sort des actes ainsi passés demeure subordonné aux résultats du partage éventuel : si la chose indivise est alors mise dans le lot du copropriétaire qui y a procédé, ils seront consolidés; dans le cas contraire, ils deviendront rétroactivement inefficaces; la vente ou l'hypothèque auront porté sur la chose d'autrui (art. 883);

2° Sur la *chose* elle-même, il est évidemment impossible de reconnaître à chacun des indivisaires les attributs d'une propriété exclusive; les droits de chacun sont refoulés et presque annihilés pratiquement par les droits égaux des autres; rien ne peut être fait, en thèse générale, sans le consentement de tous, en sorte que l'indivision, envisagée sous ce nouvel aspect, est un régime de stagnation, d'attente, peu favorable aux initiatives, à la mise en valeur des biens, un régime *anti-économique*, et l'on comprend que le législateur envisage d'un œil défavorable sa prolongation et sa durée : le moindre acte d'administration, par exemple la conclusion d'un bail, nécessite le concours de tous les intéressés (Civ.,

22 nov. 1852, *S.*, 1853, 1, 73; Trib. civ. Boulogne, 24 nov. 1922, *Gaz. Pal.*, 16 déc.), et si la prescription est suspendue au profit de l'un d'eux, tel un mineur, elle l'est, du même coup, en faveur des autres, au moins pendant la durée de l'indivision (Dijon, 28 fév. 1930, *D. H.*, 1930, 306).

1788. Droits des créanciers des indivisaires : insaisissabilité des biens indivis. — Les créanciers eux-mêmes subissent le contre-coup de la situation chaotique et contradictoire ainsi faite aux biens indivis de leur débiteur; l'article 2205 décide que « *la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation...* »; ce qui revient à frapper ladite part d'*insaisissabilité*.

Cette disposition a suscité de nombreuses difficultés d'interprétation; nous nous bornons à signaler succinctement les solutions qui leur sont apportées par la jurisprudence dominante.

1° L'insaisissabilité est admise, non seulement pour les immeubles héréditaires, seuls visés par la lettre du texte, mais aussi, dans une opinion qui rallie aujourd'hui la grande majorité des suffages, pour ceux qui dépendent d'un *ensemble quelconque de biens* : société, communauté conjugale par exemple (Glasson, note *D. P.*, 1903, 2, 481; Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure*, 3e édit., t. IV, n° 117); peut-être aussi — mais, sur ce dernier point, la controverse est effective — pour les immeubles envisagés *ut singuli* (*Sic.*, Douai, 2 mai 1848, *S.*, 1848, 2, 393; Bordeaux, 19 juill. 1882, motifs, *S.*, 1883, 2, 150; Civ., 29 mars 1887, motifs, *S.*, 1887, 1, 125; Maurice Picard, n° 290);

2° Bien que l'article 2205 n'interdise que la *mise en vente* des immeubles indivis, il est admis constamment que ce texte s'oppose à la saisie elle-même, réserve faite de l'acte initial, c'est-à-dire du *commandement*, lequel peut intervenir avant le partage (Glasson, *op. cit., loc. cit.*; Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit., loc. cit.*);

3° La défense ne s'adresse qu'aux *créanciers personnels* du copropriétaire; la saisie peut être poursuivie : *a*) lorsque la dette est commune aux divers copropriétaires (Montpellier, 2 déc. 1901, *D. P.*, 1903, 2, 481, note Glasson); *b*) par les créanciers héréditaires (Civ., 29 mars et 7 avril 1886, *D. P.*, 1886, 1, 329);

4° A la différence des immeubles indivis, les *meubles indivis* comportent la saisie : *a*) parce que l'article 2205 ne

vise littéralement que les immeubles; *b*) parce que les meubles sont susceptibles de dépérir ou même de disparaître. Il importe de les placer, le plus tôt possible, sous la main de justice, résultat que l'on obtient précisément au moyen de la saisie. Seulement, celle-ci ne pourra pas se poursuivre jusqu'à son dénouement naturel; il sera sursis à la vente jusqu'à ce que l'indivision ait pris fin (Req., 22 mars 1887, *D. P.*, 1887, 1, 454).

Garanties accordées aux créanciers. — Les créanciers, s'ils ne peuvent saisir les immeubles indivis de leur débiteur, ont du moins la double ressource : 1° de provoquer le partage, et, par là même de hâter l'heure où l'obstacle qui s'oppose aux voies d'exécution aura disparu; 2° d'intervenir au partage afin de sauvegarder leurs intérêts, par exemple en vue d'obtenir que le bien indivis soit attribué à leur débiteur (art. 2205, *in fine*).

1789. Correctifs aux inconvénients de l'indivision, à l'état de stagnation où se trouvent les biens indivis. — Cet état de stagnation, cette paralysie des facultés individuelles comporte des limites et des correctifs.

a) Il est bien entendu que les *revenus* des biens indivis sont à partager entre les copropriétaires, dans la proportion de leurs quote-parts respectives, de même que les dépenses d'entretien et de conservation sont réparties entre eux dans la même mesure;

b) Les indivisaires peuvent *se servir* de la chose commune à la condition d'en respecter la *destination* et de ne pas porter atteinte aux droits égaux des autres communistes [1]; c'est ainsi qu'il leur sera loisible d'exercer le droit de pêche ou le droit de chasse; d'utiliser un passage indivis destiné à desservir plusieurs maisons, mais en respectant la destination de cette voie de communication qu'ils ne devront pas obstruer en y déposant des matériaux (Pau, 5 mai 1890, *D. P.*, 1891, 2, 213) ou en plaçant un tuyau de tout-à-l'égout (Req., 13 mars 1934, *D. H.*, 1934, 268, *S.*, 1934, 1, 148), pas plus qu'ils ne sauraient obscurcir, par la construction de balcons, d'édifices en saillie, une ruelle commune qui

[1] V. Civ., 10 mai 1937 (*D. H.*, 1937, 346) : « chacun des copropriétaires par indivis d'une chose commune a sur elle un droit complet qui n'a pour limites que le droit égal de chacun des autres communistes;... ce droit... consiste à user librement de la chose commune, à la condition de n'en pas changer la destination sans le consentement unanime de tous les copropriétaires, et de ne causer ni dommage ni trouble à la possession d'aucun d'eux ».

est destinée à donner de la lumière (Civ., 28 fév. 1894, *S.*, 1896, 1, 209, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1894, 1, 253; Alger, 18 mars 1896, *D. P.*, 1896, 2, 387). Chacun peut donc agir, dans les limites du *statu quo*, à condition de n'apporter aucun trouble dans la possession de ses copropriétaires; comme le dit la Chambre civile, le droit de chacun « consiste à user librement de la chose commune à la condition de n'en pas changer la destination sans le consentement unanime de tous les copropriétaires, et de ne causer ni dommage, ni trouble à la possession d'aucun d'eux » (Civ., 28 fév. 1894, arrêt précité), car chaque communiste a, sur la chose, un « droit égal et réciproque » (Req., 13 mars 1934, précité). Il se dégage donc, de la communauté de tenure, une communauté de but, d'utilisation, qui s'impose à chacun des copropriétaires et qui assigne à leurs prérogatives, des limites, sinon précises, du moins certaines;

c) Les tribunaux se reconnaissent le droit, du moins lorsque l'indivision a sa source dans une dévolution héréditaire, de prescrire telle ou telle *mesure d'administration*, voire même de désigner un *administrateur*;

d) Si l'un des indivisaires accomplit, de sa seule initiative, des actes sur la chose commune, on le traite volontiers comme un *gérant d'affaires* et l'on valide ces actes *dans la mesure de leur utilité* (Maurice Picard, *La gestion d'affaires*, *Rev. trim.*, 1921, p. 440; Civ., 10 avril 1854, *D. P.*, 1854, 1, 183; Dijon, 27 nov. 1893, *D. P.*, 1896, 2, 218; Paris, 1er fév. 1910, sous Req., 20 déc. 1910, *D. P.*, 1911, 1, 377, note Planiol, *S.*, 1912, 1, 305, note Naquet).

1790. Remarque sur le système jurisprudentiel et traditionnel. — Il est à remarquer que ce système repose sur le postulat de la distinction du droit, entité juridique, d'avec son objet, ce qui va à l'encontre d'un autre postulat, plus général et plus catégorique encore, à savoir l'incorporation du droit de propriété dans son objet (*sup.*, n° 1513). Ce droit, qui s'incruste traditionnellement dans la chose sur laquelle il porte, s'en dégage et s'épure par cela seul qu'il compte plusieurs titulaires pour un même objet; fort logiquement d'ailleurs : c'étaient sa toute-puissance et son exclusivité qui lui permettaient de s'identifier avec cet objet; du moment qu'il est l'apanage de plusieurs, il comporte des frontières, son absolutisme est entamé et il se dégage de son objet qu'il n'enserre plus de toutes parts; il devient un bien incorporel, un droit comme les autres (*sup.*, n° 1514). La part de chacun des copropriétaires *n'est pas une part matérielle*, en sorte que le bail consenti entres copropriétaires

porte sur un droit incorporel, non sur la chose même; le statut spécial des loyers ne lui est donc pas applicable (Paris, 19 janv. 1929, *D. P.*, 1929, 2, 137, note Voirin); et l'on comprend que, pour certains auteurs, la copropriété se ramène à un droit réel de nature spéciale, différent de la propriété elle-même (V. Aurélien Ionasco, thèse précitée).

1791. III. **Durée de l'indivision. — Principe.** — En règle générale, l'indivision est considérée comme un état provisoire, temporaire, comme une situation juridique anormale qui doit cesser le plus tôt possible, étant mauvaise juridiquement et économiquement. Aussi l'article 815 décide-t-il, en termes impératifs, que « *nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires* ». Bien que ce texte figure au titre des *Successions*, on tient le principe qui y est inscrit pour valable en toute indivision, quelle qu'en soit l'origine : il dépend de chacun des copropriétaires de faire cesser l'indivision en demandant, à un moment quelconque, le partage qui substituera à la propriété indivise une propriété unitaire; la règle est applicable même aux biens difficilement partageables, même à ceux qui sont *impartageables en nature* : on procédera à leur vente, par voie de licitation, et on partagera le prix entre les ayants droit (V. sur le partage, *inf.*, t. III, n^os^ 1049 et s.).

1792. Dérogations au caractère temporaire et précaire de l'indivision. — Ces dérogations sont extrêmement nombreuses et fort importantes.

A. *Première catégorie de dérogations* : l'indivision se rattache à un contrat ou à une disposition légale qui l'ont organisée en vue d'un objectif précis, d'une situation déterminée; il est évident qu'elle se prolongera aussi longtemps que cet objectif sera à atteindre, que cette situation persistera. C'est ainsi que la *communauté entre époux* dure aussi longtemps que le régime matrimonial sous lequel elle existe, donc, normalement, pendant tout le cours du mariage, réserve faite de l'éventualité d'une séparation de biens, principale ou accessoire à une séparation de corps; ainsi également que les *associés* ou *sociétaires* ressortissant à un groupement dépourvu de la personnalité morale, ne peuvent pas, pendant la durée de ce groupement, provoquer un partage qui mettrait fin à une union dont la durée est réglementée par les statuts ou par la loi. Il advient même que la société n'ait pas d'autre but que le maintien de l'indivision :

il y a *société d'indivision*, tendant précisément à écarter l'éventualité d'un partage. En somme, la règle de l'article 815 est écrite pour les *indivisions passives*, non pour les *indivisions actives* qui répondent à un objectif déterminé, qui sont, non pas un accident, un épisode, mais un régime établi en vue d'un résultat que l'on se propose délibérément d'atteindre (V. *inf.*, t. III, n° 1069).

1793. — B. *Deuxième catégorie de dérogations.* — L'éventualité d'un partage est exclue, au cours même de l'indivision, par la volonté des copropriétaires ou de l'un d'eux.

1° *Par la volonté de tous les copropriétaires* qui décident qu'on sursoiera au partage pendant une période de *cinq années au maximum* : c'est la *convention d'indivision* qui est autorisée par le Code civil dans l'article 815, § 2, et qui, venue à expiration, peut d'ailleurs être renouvelée;

2° *Par la volonté de l'un ou de quelques-uns des copropriétaires.* — En principe, une volonté unilatérale est impuissante à conjurer le partage, à prolonger l'indivision. Exceptionnellement, elle peut atteindre ce résultat en ce qui concerne les *habitations à bon marché* et le *bien de famille*.

Les règles applicables à ces immeubles ont été unifiées par une loi du 13 février 1937 *tendant à harmoniser le régime successoral des habitations à bon marché et du bien familial*, laquelle a modifié, en vue de réaliser cet objectif, d'une part, l'article 81 de la loi du 5 décembre 1922 portant codification pour les habitations à bon marché, et, d'autre part, les articles 18 et 19 de la loi du 12 juillet 1909 instituant le bien de famille.

Dans l'économie du système uniforme ainsi aménagé, il appartient au juge de paix de prononcer le maintien de l'indivision, alors que la maison est occupée, lors de l'événement qui crée cette indivision, par le défunt, par son conjoint, par l'un de ses enfants ou encore par l'un des époux divorcés ou séparés de corps; la décision de ce magistrat, qui est prise, s'il y a lieu, après avis du conseil de famille, intervient :

1° A la demande du conjoint survivant, lorsque celui-ci est copropriétaire de la maison ou du bien et qu'il l'habite lors du décès;

2° En l'absence de cette double condition, la demande peut émaner tant du conjoint que des descendants du défunt ou de l'un d'eux.

Quant à la durée du maintien de l'indivision, elle varie selon que l'on se trouve dans l'une ou dans l'autre des éventualités précédentes : dans la première, le conjoint sur-

vivant est fondé à demander que l'indivision soit, non seulement maintenue pendant cinq ans à partir du décès, mais encore continuée de cinq ans en cinq ans jusqu'à son propre décès, revêtant ainsi un caractère *viager*; dans la deuxième occurrence, c'est seulement pendant cinq années à partir du décès qui a ouvert la période de l'indivision, que celle-ci sera maintenue à la demande du conjoint ou de l'un de ses descendants. Toutefois, s'il se trouve parmi ces derniers des mineurs, l'indivision peut être continuée jusqu'à la majorité du plus jeune d'entre eux; elle pourrait même être prolongée durant les cinq années qui suivront cette majorité, mais alors il y faudrait le *consentement unanime* des parties, ce qui nous ramène au droit commun en pareille matière.

Les textes prévoient l'allocation d'une « *indemnité pour ajournement de partage* » en faveur des héritiers qui sont majeurs ou le deviennent par la suite et qui ne profitent pas de l'habitation : le montant de cette indemnité est fixée par le juge de paix (art. 81, l. du 5 déc. 1922 et art. 18, l. du 12 juill. 1909, nouv. réd.).

1794. — C. *Troisième catégorie de dérogations.* INDIVISION FORCÉE. — Il est des biens qui, par leur nature ou leur destination, répugnent à l'idée de partage; une fois partagés, ils deviendraient impropres à l'usage auquel ils sont voués; leur destinée est de demeurer indivis. En ce qui les concerne, il y a *indivision forcée*, donc *indivision perpétuelle*.

Les cas d'indivision perpétuelle peuvent être rangés dans les catégories suivantes :

1° Les *tombeaux* : la jurisprudence les considère comme faisant l'objet, pour le concessionnaire, d'un droit réel *sui generis* (v. *inf.*, n° 1958), d'un droit de jouissance avec affectation spéciale, pour lequel le partage est inconcevable; la sépulture familiale doit, par définition même, demeurer la chose de la famille; elle est vouée, par sa nature, à une « utilité commune », suivant le langage relevé dans les arrêts;

2° Lorsqu'une *maison est divisée par étages ou par appartements*, il existe des parties destinées à l'utilité commune des différents propriétaires : le sol, les fondations, les gros murs, les cours, les puits, etc.; ces parties communes sont l'objet d'une indivision forcée; il ne dépend pas des intéressés d'y mettre fin en provoquant leur partage, car ce serait alors le bouleversement et la fin d'une situation juridique qui avait été établie à titre définitif;

3° Sont également vouées à une indivision perpétuelle les

choses qui sont affectées, à titre d'*accessoires indispensables*, à l'usage commun de deux ou plusieurs immeubles appartenant à des propriétaires différents; cette affectation les condamne à une indivision forcée, hors de laquelle elles ne pourraient remplir la mission qui leur est dévolue par une convention ou par une situation de fait. Il faut citer, dans cette catégorie, les allées, ruelles, cours, portes cochères, puits, lavoirs, fosses d'aisance, destinées à l'usage de plusieurs immeubles.

1795. — Jadis, il fallait ajouter à cette liste, d'ailleurs purement énonciative, les *chemins ou sentiers d'exploitation*, voies de communication prises sur plusieurs domaines privés et donnant accès à la voie publique. On les considérait autrefois comme indivis, sur toute leur longueur, entre les propriétaires des fonds qui avaient contribué à leur formation; et l'indivision ainsi constituée avait un caractère forcé. Mais la situation a été modifiée par la loi du 20 août 1881, article 33. Actuellement, et en vertu de cette législation, ces chemins d'exploitation sont présumés appartenir aux riverains, *chacun en droit soi*; il n'y a donc plus d'indivision, du moins quant à la propriété; seul est resté commun l'*usage* de ces voies de communication; les riverains peuvent bien circuler sur toute la longueur, mais ils exercent ce droit, pour ce qui est des parcelles qui ne sont pas leurs, à titre d'usagers, non en tant que copropriétaires. Ainsi a disparu un cas d'indivision, et, par suite, d'indivision forcée.

1796. — 4° L'application la plus importante et la plus connue de l'indivision forcée, est celle de la *mitoyenneté*, forme de copropriété spéciale aux clôtures.

LA MITOYENNETÉ

1797. Définition. — La *mitoyenneté* n'est autre chose que la notion de la copropriété indivise appliquée aux clôtures — murs, haies, fossés — qui séparent deux fonds contigus; la *clôture mitoyenne* appartient indivisément aux deux voisins, tandis que la *clôture privative* est la propriété exclusive de l'un d'eux.

1798. Origine et avantages. — La mitoyenneté était inconnue des Romains; l'usage était de laisser un espace libre entre les différents fonds; les maisons étaient isolées, elles se présentaient à l'état d'îlots (*insulæ*). Tous les murs

étaient *privatifs*. C'est dans notre ancienne France que la notion de la mitoyenneté est apparue et qu'elle s'est développée; elle présente une valeur économique incontestable : grâce à elle, on économise du terrain, des matériaux et de la main-d'œuvre, puisqu'on fait d'une pierre deux coups et qu'une seule clôture ferme les deux héritages.

1799. Plan. — Il y a lieu de rechercher :

1° Quelle est la *condition juridique* des clôtures mitoyennes;

2° Quelle peut être l'*origine* d'une mitoyenneté, d'où elle peut résulter;

3° Comment la *preuve* de la mitoyenneté peut être administrée.

1800. I. Condition juridique des clôtures mitoyennes. — Principe directeur. — La condition juridique des clôtures mitoyennes est postulée par leur *destination* même; comme toujours, c'est ici le *but* qui crée le droit et qui en détermine les limites. C'est à l'aide de cette directive que l'on peut fixer les *droits* des copropriétaires ainsi que les charges qui leur incombent.

A. *Droits des copropriétaires.* — Ils sont fonction de la destination de la clôture commune qui a pour mission, non seulement de fermer les héritages voisins, mais aussi de supporter des constructions et des plantations; chacun des copropriétaires peut donc, sur la face du mur qui regarde son fonds, appuyer des *espaliers*, sans pouvoir dépasser la crête du mur (art. 671, § 2); faire placer des *poutres* et des *solives* dans toute l'épaisseur, à cinquante-quatre millimètres près (art. 657), sauf le droit, pour le voisin, « *de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée* » (même texte); pratiquer dans le corps du mur des *enfoncements* (art. 662); faire *exhausser* le mur, à ses frais (art. 658); la partie exhaussée devient la propriété exclusive du constructeur, sauf, pour le voisin, le droit d'en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense (art. 660).

1801. — Les droits qui appartiennent à chacun des copropriétaires sont donc remarquablement étendus; ils vont jusqu'à permettre des initiatives assez graves, par exemple à fin d'*enfoncement* ou d'*exhaussement*. Mais il y a lieu de noter :

1° Que la loi pend des précautions pour éviter les abus; par exemple, l'un des voisins ne saurait pratiquer un enfon-

cement ni même appliquer ou appuyer aucun ouvrage contre le mur sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre (art. 662). De cette façon, seront évitées les tracasseries et les dommages inutiles; on n'admettra pas qu'un des copropriétaires se serve de ses prérogatives en vue de nuire à l'autre; il commettrait alors une déviation, un *abus* de son droit de propriété qui serait sanctionné, sous une forme ou sous une autre (Maurice PICARD, n° 306);

2° Que les droits des copropriétaires ne vont pas jusqu'à leur permettre de pratiquer des ouvertures dans le mur mitoyen, fussent-elles simplement destinées à laisser passer la lumière, et même à verre dormant (art. 675). Les clôtures mitoyennes ne sont pas destinées à livrer passage à l'air ou à la lumière; et si des jours avaient été pratiqués dans un mur privatif — ce qui serait parfaitement licite (*Sup.*, n° 1492) — ils devraient être supprimés du moment que la clôture deviendrait mitoyenne; en fait, c'est assez souvent dans ce but que la mitoyenneté est acquise par un voisin, désireux d'obtenir la suppression d'ouvertures gênantes pour lui;

3° Les copropriétaires du mur mitoyen ne peuvent pas en demander le partage : l'indivision est *forcée*, donc *perpétuelle*.

Il faut noter encore que, si la clôture mitoyenne est une *haie*, les fruits qu'elle donne, ou qui sont donnés par les arbres qui s'y trouvent, sont partagés par moitié entre les copropriétaires; il en va de même des arbres eux-mêmes, mitoyens comme la haie dans laquelle ils sont encadrés (art. 669 et 670).

1802. — B. *Charges de la mitoyenneté.* — Les copropriétaires doivent contribuer, au prorata de leurs droits, aux frais de *réparation* et de *reconstruction* du mur mitoyen (art. 655); chacun d'eux est donc fondé à contraindre l'autre à participer aux dépenses de ce genre, pourvu qu'elles soient *nécessaires* en vue d'utiliser le mur conformément à sa destination qui, ici encore, est le critère décisif.

1803. Abandon de la mitoyenneté. — Cette obligation qui pèse sur les copropriétaires de mur mitoyen de contribuer aux frais de réparation ou de reconstruction peut devenir fort lourde, eu égard aux facultés du contribuable; aussi le Code civil accorde-t-il à chacun d'eux le droit de s'y soustraire en faisant l'*abandon* de sa part de propriété, donc de la *mitoyenneté*, pourvu cependant que le mur mitoyen ne

soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne (art. 656); il serait inadmissible, en effet, qu'il pût continuer à utiliser un mur sur lequel il n'aurait désormais aucun droit et dont l'entretien ne lui incomberait plus en aucune manière. D'autre part, et pour des raisons analogues, l'abandon est également impossible si la clôture mitoyenne consiste en un fossé servant à l'écoulement des eaux (art. 667, § 2).

Cette faculté d'abandon confère aux charges de la mitoyenneté le caractère d'obligations *propter rem*; chacun des voisins n'en est tenu qu'à titre de copropriétaire; du moment qu'il répudie ce titre, il échappe aux obligations qui y correspondaient.

Après l'abandon, le mur *mitoyen* est transformé en mur *privatif*; il appartient exclusivement au voisin, bénéficiaire de la renonciation, qui pourra notamment y pratiquer des ouvertures, dans les termes du droit commun. Mais rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que l'auteur de l'abandon n'acquière ultérieurement la mitoyenneté du mur reconstruit par le voisin, pourvu qu'il se conforme aux dispositions de l'article 661.

1804. II. **Acquisition de la mitoyenneté.** — La mitoyenneté d'une clôture s'acquiert par *convention*, par *prescription acquisitive*, ou encore, *s'il s'agit d'un mur*, par la *volonté unilatérale* du voisin à qui la loi accorde à cet effet un véritable droit d'expropriation.

A. *Convention.* — Les deux voisins peuvent établir une clôture à frais communs, ou bien, cette clôture ayant été élevée par l'un d'eux, à titre privatif, une cession de mitoyenneté peut être consentie, à titre onéreux ou à titre gratuit, par le constructeur à son voisin. En pareille occurrence, c'est la convention qui règle les conditions de l'opération; elle fait la loi entre les parties.

B. *Prescription acquisitive.* — Du moment que la mitoyenneté s'analyse dans un droit de copropriété immobilière, elle comporte l'usucapion abrégée de dix à vingt années, dans les termes du droit commun, au profit du possesseur qui a *juste titre* et *bonne foi*; l'éventualité est d'ailleurs assez peu pratique.

1805. — C. *Volonté unilatérale du voisin :* MITOYENNETÉ FORCÉE. — En considération des avantages économiques de la mitoyenneté qui évite aux voisins, désireux de se clore, l'obligation d'élever mur contre mur (*sup.*, n° 1798), la loi permet à tout propriétaire *joignant un mur*, d'en exiger du voisin la mitoyenneté moyennant certaines conditions : c'est

une véritable *expropriation pour cause d'utilité privée* qui est ainsi consacrée par l'article 661, dans les termes les plus larges, car celui qui y procède n'est pas obligé d'acquérir la mitoyenneté du mur tout entier; il peut se contenter d'acheter la copropriété d'une partie, soit en longueur, soit même en hauteur (même texte : « *en tout ou en partie* »).

1806. Conditions mises à l'existence et à l'exercice de la mitoyenneté.

1° Il faut qu'il s'agisse d'un *mur*; tout autre genre de clôture répugne à l'acquisition de la mitoyenneté par la volonté unilatérale du voisin (arg. art. 661);

2° Ce mur doit être dans le commerce; s'il ressortit au domaine public, il échappe, comme étant inaliénable, au régime de la mitoyenneté forcée, laquelle se ramène à une aliénation;

3° Le mur doit joindre le fonds voisin (art. 661), de telle sorte qu'il soit à même de clore les deux fonds contigus; s'il a été élevé en retrait, ne fût-ce que de quelques centimètres, il est impropre à jouer le rôle de clôture commune : *a*) si le voisin veut se clore, il lui faudra élever un mur à son tour. Il ne saurait se plaindre du refus de cession de mitoyenneté, alors même que ce refus ne se justifierait pas en raison; le droit, pour un propriétaire, de ne pas aliéner son bien, est, réserve faite de la position spéciale qui conduit à la mitoyenneté, un droit absolu, insusceptible d'abus (Civ., 26 mars 1862, *D. P.*, 1862, 1, 175); *b*) si, à l'inverse, le mur a été élevé à cheval sur les sols des deux propriétés contiguës, il y a lieu d'appliquer, non pas l'article 661, mais les règles édictées dans les articles 655, 656 et 660, pour la fixation du prix d'acquisition (Paris, 28 mai 1935, *D. H.*, 1935, 420);

4° Le droit d'exiger la cession de mitoyenneté est accordé par la loi au *propriétaire* du fonds voisin (art. 661); on en étend cependant le bénéfice à l'usufruitier et à l'emphytéote, à raison des droits réels dont ils sont investis sur le terrain nu, mais on le refuse au locataire et au fermier, simples créanciers (Civ., 27 juin 1892, *S.*, 1892, 1, 447, *D. P.*, 1892, 1, 447);

5° Comme toute expropriation, celle-ci ne peut avoir lieu que moyennant *indemnité*; l'acquéreur doit rembourser au « *maître du mur* » la moitié de sa valeur, plus la moitié de la valeur du terrain sur lequel ce mur est bâti (art. 661); si un différend s'élève à ce sujet, il doit être tranché par experts qui fixeront la valeur de la mitoyenneté, laquelle doit être calculée au jour de l'*acquisition* et non à celui de la construction, puisque l'opération se ramène en définitive

à une vente (Paris, 28 juin 1922, *S.*, 1924, 2, 35; 1er juillet 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, 2, 339).

Lorsque ces conditions sont réunies, la cession de mitoyenneté ne saurait être refusée : on ne se préoccupe pas du but en vue duquel le voisin prétend acquérir la copropriété du mur; ses mobiles sont indifférents; le droit qu'il exerce est un droit non causé, qui n'est pas susceptible d'abus (Civ., 11 mai 1925, *S.*, 1926, 1, 22; *contra*, Gand, 22 juin 1907, *Pasic*, 1907, 2, 313).

1807. Nature et effets de l'acquisition de mitoyenneté. — Cette acquisition porte sur une copropriété immobilière; l'opération se ramène donc à une vente immobilière, tout à fait, lorsqu'elle est volontaire, approximativement, si elle est forcée.

Telle était la conception de Pothier (*Contrat de société*, n° 254) et rien ne prouve que les rédacteurs du Code civil aient entendu la répudier (V. cependant, Civ., 17 fév. 1864, motifs, *D. P.*, 1864, 1, 87, *S.*, 1864, 1, 117).

En conséquence :

1° La cession doit être *transcrite*, du moins si elle intervient entre vifs; à défaut de l'accomplissement de cette formalité, elle n'est pas opposable aux tiers (Paris, 25 nov. 1885, *S.*, 1886, 2, 25, note Labbé; *D. P.*, 1886, 2, 189; 20 fév. 1931, *Rev. trim.*, 1931, p. 923);

2° Le cédant est armé, pour obtenir le paiement de l'indemnité, laquelle représente un prix de vente, du privilège du vendeur et de l'action résolutoire (Req., 10 avril 1889, *S.*, 1889, 1, 401, *D. P.*, 1889, 1, 321, note Brésillion);

3° Le cédant est tenu à garantie, *mais seulement si la cession a été volontaire de sa part*; en cas d'acquisition forcée, le propriétaire, dont le rôle est passif, cède son mur dans l'état où il se trouve, sans en garantir la solidité; les règles de la vente cèdent ici le pas à celles de l'expropriation (Civ., 17 fév. 1864, *S.*, 1864, 1, 117, *D. P.*, 1864, 1, 87).

Il est à remarquer que le cessionnaire acquiert une propriété qui, en principe, est libre de toutes charges et qui lui permet notamment de s'opposer à l'exécution d'un bail du mur, antérieurement consenti à des entrepreneurs d'affichage (trib. civ., Laval, 16 janv. 1930, *D. P.*, 1930, 2, 127, note Voirin).

1808. III. **Preuve de la mitoyenneté.** — La mitoyenneté constitue une source intarissable de procès dont bon nombre roulent sur la question de preuve : telle clôture, établie à la limite de deux héritages, est-elle privative ou mitoyenne?

Le système de notre Code civil admet les preuves par *titre*, par *prescription*, par *présomptions*.

A. *Preuve par titre.* — Le titre, l'écrit doit être entendu ici dans le même sens que s'il s'agissait de faire la preuve d'une propriété unitaire : il peut être *déclaratif* ou *translatif* (*sup.*, n° 1560), et son autorité est celle qui lui appartient lorsqu'il est produit au cours d'une instance en revendication (*sup.*, n^{os} 1560 et suiv.).

B. *Preuve par la prescription.* — A défaut de titre — il est possible qu'il n'en ait pas été dressé ou qu'il ait été perdu — la prescription est susceptible de jouer son rôle probatoire habituel; la clôture sera considérée comme mitoyenne si elle a été possédée en commun par les deux voisins pendant *trente années*; elle sera traitée comme privative si, au cours de ce délai, elle a été utilisée exclusivement par l'un d'eux (art. 666, § 1).

1809. — C. *Présomptions.* — Afin de faciliter la tâche du juge, le Code civil établit, dans les articles 653, 654, 666 et 670, des *présomptions*, les unes de *non-mitoyenneté*, les autres de *mitoyenneté*.

1° *Présomptions de non-mitoyenneté.* — On les qualifie ordinairement de *marques de non-mitoyenneté*; mais ce sont bien de véritables *présomptions légales*. On en trouve, pour les murs, dans l'article 654, pour les fossés dans l'article 666, § 2; aux termes de ce dernier texte, il y a marque de non-mitoyenneté « *lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé* ». Ces présomptions, écrites dans la loi, ne sont d'ailleurs pas en nombre limitatif; d'autres *marques* peuvent s'induire des usages locaux et de la situation des héritages voisins (Req., 12 nov. 1902, *S.*, 1903, 1, 29, *D. P.*, 1902, 1, 568);

2° *Présomptions de mitoyenneté* :

a) *Présomption valable pour tous les modes de clôture.* — D'après l'article 666, § 1, modifié par la loi du 20 août 1881, toute clôture qui sépare des *enclos* est réputée mitoyenne, s'il n'y a titre, prescription ou marque contraire; cette disposition cesse de s'appliquer lorsqu'un seul des héritages est en état de clôture (même texte).

D'après une opinion communément reçue (V. Maurice Picard, n° 302), cette disposition du premier alinéa de l'article 666 ne serait pas applicable aux murs, mais seulement à toutes autres clôtures : cependant, le texte s'exprime dans les termes les plus généraux : « *toute clôture qui sépare des héritages...* »;

b) *Présomptions spéciales aux murs.* — 1. Dans les villes

et dans les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments, est présumé mitoyen jusqu'à l'*héberge*, soit jusqu'au sommet du bâtiment le moins élevé (art. 653).

2. On admet la même solution, bien qu'elle ne soit pas inscrite dans la loi, pour les *murs de séparation entre cour et jardin*, dans l'éventualité même où l'un des fonds ne serait pas entièrement clos;

c) Aux termes de l'article 670, les *arbres* plantés sur la ligne séparative de deux héritages sont réputés mitoyens.

1810. Hiérarchie des différents modes de preuve. — Il résulte des principes généraux ainsi que de certains textes, et il est admis que les modes de preuve de la mitoyenneté se classent hiérarchiquement dans l'ordre suivant :

1° D'abord, et au sommet, la preuve par *titre*, laquelle est péremptoire et dispense de toute recherche complémentaire;

2° Puis, au-dessous, la preuve fournie par la *prescription*, laquelle prime la preuve par présomption (arg. art. 666, § 1);

3° La preuve par *marques de non-mitoyenneté*, laquelle détruit la *présomption de mitoyenneté* (arg. art. 666, § 1);

4° Enfin, la preuve par *présomption de mitoyenneté* qui est tout à fait au bas de l'échelle.

Au reste, le système de présomptions légales établi à cette occasion par la loi n'est pas absolument rigide; lorsque des présomptions se contrarient, le juge a un large pouvoir d'appréciation; car nous ne sommes pas dans une de ces matières où les présomptions légales ont une force insurmontable; il ne s'agit, en effet, ni d'annuler un acte, ni de dénier l'action en justice (art. 1352, § 2). *Sic* : Req., 11 juillet 1864 (*S.*, 1865, 1, 262; 18 juillet 1928 (*D. P.*, 1930, 1, 8).

1811. Conclusions sur l'indivision. La copropriété sans indivision. — Après les explications précédentes, on se rend mieux compte des vices du régime romain de l'indivision qui est un régime de propriété à la fois plurale et individuelle; *plurale*, puisque la même chose appartient à plusieurs personnes ; *individuelle*, puisque cette chose figure fragmentairement dans divers patrimoines, puisque les morceaux en sont épars, en sorte que des aliénations ou des constitutions de droits réels, partielles et précaires, peuvent émaner de chacun des copropriétaires, pris individuellement et agissant de sa seule initiative. Il est difficile d'imaginer un régime plus confus, plus chaotique et plus contradictoire; là même où le législateur s'est efforcé de l'organiser (mitoyenneté, succession), ses efforts n'ont pu

complètement aboutir; la réglementation la plus minutieuse n'a pu triompher des difficultés nées d'une contradiction originelle dont le poids se fait sentir malgré tout : une propriété plurale doit être une propriété vraiment collective, une *copropriété sans indivision*. A cet égard, le droit germanique s'oppose au droit romain : car il nous offre la conception pleinement réalisée d'une *propriété en main commune* (*Gesammte Hand*) dont le caractère collectif est patent. Dans cette conception, les différents copropriétaires, si on les envisage isolément les uns des autres, n'ont point de droit réel sur la chose; ils ne peuvent donc, par des actes individuels, ni l'aliéner, ni la grever des droits réels, même pour partie. Le propriétaire, c'est la collectivité, c'est la somme des tenants : Primus, Secundus, Tertius, etc.; en sorte que les biens communs ne figurent pas dans les patrimoines des différents copropriétaires, mais qu'ils constituent une sorte de patrimoine distinct, voué à un but collectif et soumis à une vie juridique collective. La situation ainsi organisée tient le milieu entre la propriété individuelle et celle qui ressortit à une personne morale : elle a bien pour titulaires des êtres humains et elle est juridiquement plurale; et c'est en quoi elle diffère de la propriété dépendant d'un patrimoine personnifié; mais elle est soumise à un régime collectif, dans sa tenure comme dans son fonctionnement, et c'est en quoi elle s'éloigne de la propriété individuelle.

1812. — Il est aisé de comprendre que cette organisation vraiment collective de la propriété plurale évite les contradictions, les heurts, les tiraillements qui sont l'apanage de notre indivision française, telle que nous l'avons héritée du droit romain.

1° Non seulement le copropriétaire ne peut conclure un *negotium* intéressant la chose tout entière, mais encore il ne peut, même à concurrence de sa quote-part, faire acte de propriétaire, de disposant; il n'est pas propriétaire, mais seulement créancier. Notamment, il ne saurait constituer une hypothèque, même à titre conditionnel;

2° Ses créanciers personnels n'ont pas plus de droits que lui; il leur est impossible de saisir jamais les biens tenus en main commune, lesquels ne figurent pas dans les patrimoines des copropriétaires, ou, si l'on veut, y occupent une place à part; leur *affectation collective* les isole des choses appartenant exclusivement aux divers communistes et les soustrait, en même temps qu'aux initiatives individuelles de ceux-ci, à toute mainmise de la part de leurs créanciers personnels.

1813. — Ce régime de la tenure en main commune n'est pas un article strictement étranger à notre droit; au temps où les sociétés civiles ne jouissaient pas de la personnalité, les biens qui y ressortissaient obéissaient à des règles qui rappelaient singulièrement une telle conception; et l'on a pu soutenir que, de nos jours, des exemples de patrimoines en main commune sont fournis, dans notre droit français, soit par la communauté conjugale (Masse, *Caractères juridiques de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, thèse, Paris, 1902; Meynial, *Le Caractère juridique de la communauté entre époux*, *Rev. trim.*, 1903, p. 811), soit par les biens relevant d'une association non déclarée (Voyez sur la *propriété en main commune*, Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, *Ann. dr. com.*, 1895 et 1897; L. Josserand, *Essai sur la propriété collective*, *Livre du centenaire du Code civil*, p. 355).

§ II. — DE LA PROPRIÉTÉ CONDITIONNELLE

1814. Généralités. — La propriété peut être affectée d'une condition qui en suspende soit l'existence, soit la disparition; dans le premier cas, la condition est dite *suspensive*; dans le deuxième, elle est *résolutoire*.

Or, il faut bien comprendre que toute condition qui est suspensive pour quelqu'un est résolutoire pour une autre personne : tout propriétaire sous condition suspensive a nécessairement pour contre-partie, pour contrepoids, un propriétaire sous condition résolutoire, et réciproquement; *propriété sous condition suspensive et propriété sous condition résolutoire sont deux valeurs complémentaires*; l'une est inconcevable sans l'autre. Si Primus vend un immeuble à Secundus conditionnellement, ce dernier est, *pendente conditione*, propriétaire sous condition suspensive, tandis que le vendeur est donc, au cours du même délai, propriétaire sous condition résolutoire; si la vente a lieu purement et simplement, mais que Secundus ne paie pas le prix convenu, sa propriété est affectée d'une condition résolutoire, car elle lui échappera si un jugement en prononce la résolution pour inexécution des obligations assumées par l'une des parties (art. 1184 et 1654); en conséquence, le vendeur a conservé une propriété sous condition suspensive, sous la condition du non-paiement du prix ; c'est seulement une propriété sous condition résolutoire qu'il se trouve d'avoir transférée.

Comme au cas de copropriété, nous voyons donc un droit de propriété se partager entre plusieurs personnes, plus pré-

cisément entre deux titulaires; seulement, tandis que les copropriétaires ont des droits de nature identique, les deux propriétaires, sous conditions suspensive et résolutoire, sont investis de droits opposés et complémentaires; l'événement qui anéantira le droit de l'un consolidera celui de l'autre, fatalement.

1815. Rétroactivité de la condition. — Les situations des deux propriétaires qui se font ainsi antithèse sont dominées par un principe très important, déjà énoncé, celui de la *rétroactivité de la condition* (*sup.*, n° 111). Suspensive ou résolutoire, la condition se réalise toujours rétroactivement, c'est-à-dire que les effets en remontent jusqu'au contrat, jusqu'au titre qui en est affecté (art. 1179 et 1183). Ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette idée de la rétroactivité; son examen critique sera mieux à sa place, dans le tome deuxième (n^{os} 387, 742, 1144), à propos de la théorie générale des obligations et de la vente. Pour l'instant, il suffit de la connaître et d'en pénétrer le sens : elle nous permettra de préciser la situation du propriétaire sous condition suspensive, puis celle du propriétaire sous condition résolutoire.

1816. I. Situation du propriétaire sous condition suspensive. — Principe. — Le propriétaire sous condition suspensive n'a qu'une propriété conditionnelle, une propriété possible; son droit, sans être purement éventuel — et c'est bien pourquoi il s'affirmera rétroactivement si la condition vient à se réaliser — manque d'actualité; il est, quoi qu'en aient dit les jurisconsultes romains, *plus qu'un espoir*, puisqu'il est transmissible et qu'il comporte diverses prérogatives (*sup.*, n° 113), mais il n'est pas encore une complète réalité juridique.

Conséquences. — Les actes juridiques auxquels procède, *pendente conditione*, le propriétaire conditionnel, sont eux-mêmes empreints d'un caractère conditionnel qui les tient en haleine; l'acheteur qui a traité avec un tel propriétaire, ne devient lui-même qu'un propriétaire possible; le créancier qui a accepté de lui une hypothèque n'est investi que d'une sûreté conditionnelle (art. 2125, § 1), et le raisonnement est le même pour tous les droits réels, tels une servitude ou un usufruit; pris sur une propriété dont ils constituent des démembrements, ces droits réels sont sujets aux mêmes vicissitudes et présentent la même nature virtuelle que cette propriété elle-même.

Correctif; actes conservatoires. — Ce caractère virtuel, possible, de la propriété sous condition suspensive, la rend fragile et précaire; du moins fallait-il donner à son titulaire

les moyens de sauvegarder l'avenir, de protéger les germes en vue de leur éclosion possible; aussi l'article 1180 permet-il au créancier — et on s'accorde à traiter de même le titulaire d'un droit conditionnel quelconque — de procéder aux *actes conservatoires de son droit* : transcription de l'acte, inventaire, apposition des scellés; quant à l'interruption de la prescription — acte également conservatoire — elle est rendue sans objet par la jurisprudence d'après laquelle la prescription est suspendue au profit du propriétaire conditionnel (*sup.*, n° 1595).

1817. II. **Situation du propriétaire sous condition résolutoire. Idée générale.** — A la différence du propriétaire sous condition suspensive, le propriétaire sous condition résolutoire a un *droit actuel*; seulement, ce droit est menacé d'une *destruction rétroactive* pour le cas où la condition viendrait à se réaliser.

A. *Le propriétaire sous condition résolutoire a un droit actuel.* — Il est traité, provisoirement, comme un propriétaire actuel : c'est ainsi qu'il peut procéder à la purge des hypothèques et privilèges dont l'immeuble est grevé; ainsi que l'usucapion court contre lui au profit du possesseur dudit immeuble; ainsi qu'à l'inverse, un acte affecté d'une condition résolutoire peut servir de juste titre, au profit de l'acquéreur *a non domino*, en vue de l'usucapion abrégée de dix à vingt ans (*sup.*, n° 1761).

1818. — B. *Le droit du propriétaire sous condition résolutoire est menacé d'une destruction rétroactive.* — Si la condition se réalise, ce sera *ex tunc*, en sorte que le propriétaire, déchu de ses prérogatives, sera considéré comme n'ayant jamais eu de droits sur la chose qui lui sera enlevée rétroactivement. Cette idée simple est féconde en conséquences.

1° Les actes d'aliénation ou constitutifs de droits réels, consentis, *pendente conditione*, seront eux-mêmes résolus, et de plein droit, en même temps que la propriété à laquelle ils se rattachaient, à l'instant où la condition se réalisera. L'article 2125, § 1, s'en explique formellement pour les hypothèques et le même traitement est évidemment applicable aux autres droits réels.

1819. — En revanche, notre jurisprudence maintient les *actes d'administration*, par exemple les baux qui auraient été passés, entre temps, par le propriétaire sous condition résolutoire (Civ., 18 juill. 1854, *S.*, 1855, 1, 36, *D. P.*, 1854, 1, 357), et la plupart des auteurs approuvent cette solution, encore qu'elle ne s'appuie directement sur aucun texte; c'est

qu'elle est commandée par des considérations d'ordre pratique extrêmement puissantes : il faut cependant bien que la chose soit administrée, *pendente conditione*; or, en fait, elle ne peut pas l'être par le propriétaire sous condition suspensive, qui n'est pas en contact avec elle et dont l'immixtion dans les affaires du propriétaire actuel risquerait d'être mal interprétée; seul, ce dernier est pratiquement à même d'administrer; il faut donc que les actes, par lui accomplis dans cet ordre d'idées, subsistent en toute occurrence et survivent à la résolution de son titre, sinon personne ne voudrait traiter avec lui et la chose serait, en réalité sinon en droit, placée hors du commerce. Ces considérations ont conduit la jurisprudence et la plupart des auteurs à interpréter l'article 1673, § 2, qui donne cette solution dans un cas particulier de propriété sous condition résolutoire, non pas *a contrario*, mais *a simili*, et à en généraliser la disposition.

Les abus seront d'ailleurs rendus difficiles, grâce à la réserve finale que l'on trouve dans ce texte pour le cas de *fraude* : les actes d'administration ne seront pas opposables au propriétaire sous condition suspensive, devenu, par la réalisation de la condition, propriétaire actuel et incommutable, s'ils ont été accomplis en fraude de ses droits : *fraus omnia corrumpit*.

1820. — 2° Si la chose a produit des *fruits*, « *pendente conditione* », l'ex-propriétaire en doit la restitution, car on ne voit pas à quel titre il les conserverait : ce ne peut être ni comme *propriétaire*, puisqu'il est censé n'avoir jamais eu cette qualité, ni comme *possesseur de bonne foi*, au moins dans la grande majorité des cas, car il n'ignorait point la menace qui était suspendue sur sa tête. Cependant, des textes assez nombreux instituent une dispense de restitution dans des cas et au profit de propriétaires déterminés (art. 856, 928, 958, 962, 1682);

3° Si le propriétaire sous condition résolutoire avait construit ou planté sur le terrain dont la propriété lui échappe aujourd'hui, il sera traité, pour le règlement à intervenir avec le propriétaire définitif, comme un *tiers*, et, suivant les cas, comme un possesseur de bonne foi, ou comme un *possesseur de mauvaise foi* à qui l'enlèvement des ouvrages pourra donc être imposé (*sup.*, n° 1670);

4° La résolution du titre de l'acquéreur n'est point sujette à transcription, car, à raison de son caractère rétroactif, elle n'est point, à vrai dire, translative de propriété; il n'y a pas déplacement de propriété, mais retour au *statu quo ante*.

Cette solution ne fait aucun doute lorsque la résolution a lieu de plein droit ou par la volonté de l'homme (faculté de *réméré* des art. 1659 et s.) : aucune publicité n'est alors prescrite par la loi.

Si un jugement est intervenu pour prononcer la résolution, une *mention* doit être faite en marge de l'acte résolu (L. 23 mars 1855, art. 4; *sup.*, n° 1733); de cette façon, le public sera mis au courant du changement de situation. En outre, l'opinion dominante admet que, depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, qui a modifié le régime de la transcription, ce même jugement doit être transcrit, sous la seule sanction de l'amende infligée à l'avoué retardataire ou défaillant, par l'article 4 de la loi de 1855. Mais cette exigence supplémentaire nous paraît sujette à contestation (*sup.*, n° 1731);

5° Logiquement, et puisqu'il n'y a pas déplacement de propriété, non seulement le droit proportionnel de mutation ne serait pas perçu à l'occasion de la résolution, mais encore celui qui avait été versé lors de l'acquisition aujourd'hui résolue, devrait être sujet à restitution. Mais, si l'enregistrement admet la première conclusion, il écarte la deuxième : le droit acquitté jadis demeure définitivement acquis au fisc en dépit de la rétroactivité de la condition actuellement accomplie et en application de la règle fiscale qu'un droit régulièrement perçu n'est point sujet à restitution (L. 18 janv. 1912, remplaçant la l. 22 frimaire, an VII, art. 60; art. unique, § 2).

1821. Propriété annulable ou rescindable. — Les *nullités* et les *rescisions* opèrent rétroactivement, ainsi que les *résolutions*. Les règles ci-dessus exposées pour ces dernières leur sont donc applicables. Si, par exemple, la vente passée par un mineur est annulée, elle disparaît rétroactivement; l'acheteur est censé n'avoir jamais été propriétaire; et le même raisonnement est valable pour une vente d'immeuble dont le vendeur a obtenu la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes. Le propriétaire, qui est menacé d'annulation ou de rescision, se trouve ainsi dans une situation comparable à celle du propriétaire sous condition résolutoire; aussi l'assimilation est-elle consacrée, pour les hypothèques, par l'article 2125, § 1, pour les jugements, par l'article 4 de la loi du 23 mars 1855 qui exige la mention en marge pour les jugements de nullité et de rescision aussi bien que pour ceux de résolution.

Cependant, une particularité est à noter : lorsqu'un acte est annulé ou rescindé, les *droits d'enregistrement* perçus

jadis à son occasion, sont sujets à restitution, du moins si c'est un jugement passé en force de chose jugée qui a prononcé l'annulation ou la rescision (L. 18 janv. 1912, qui a abrogé et remplacé l'art. 60, l. 22 frimaire, an VIII; art, unique, § 3).

SECTION II. — MODALITÉS ET LIMITATIONS AFFECTANT L'OBJET DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

1822. Plan. — Ces modalités et ces limitations concernent toutes la *propriété foncière*; presque toutes elles constituent des exceptions à la règle posée dans l'article 552, § 1, et d'après laquelle « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ».

1° Il arrive que le *dessus* — édifices ou plantations — appartienne à un maître autre que le propriétaire du sol et qui est ainsi titulaire d'un droit de *superficie*;

2° Les constructions sont parfois divisées par *étages* ou par *appartements* qui appartiennent chacun à un propriétaire différent;

3° Les constructions sont, dans un cas particulier et anormal, divisées *verticalement* entre deux propriétaires;

4° Il advient que le *tréfonds* soit livré à l'exploitation du concessionnaire d'une mine.

Nous nous sommes expliqué ou nous nous expliquerons au sujet des deux dernières situations (*sup.*, n° 1674 et n^os^ 1449 et 1481; *inf.*, n° 1956); les deux premières seules retiendront ici notre attention.

§ I. — DROIT DE SUPERFICIE

1823. Définition et légalité du droit de superficie. — Le droit de superficie n'est autre qu'un droit de propriété restreint au *dessus*; constructions, arbres, plantations. Il est possible que la spécialisation objective soit poussée plus loin encore et que le droit s'applique, non à toutes les choses dépassant le sol, mais à quelques-unes ou à l'un d'entre elles seulement, à telle construction, à tels arbres.

On découvre donc alors deux droits de propriété à assiettes superposées et séparées par un plan horizontal qui n'est autre que le sol.

Encore que le Code civil ne fasse pas expressément mention du droit de superficie, sa *légalité* ne fait aucun doute; elle est admise en jurisprudence et par les auteurs (Req., 6 mars 1861, motifs, *D. P.*, 1861, 1, 147; 5 nov. 1866, *S.*,

1866, 1, 441, *D. P.*, 1867, 1, 32; 27 avril 1891, *S.*, 1891, 1, 369, note LABBÉ, *D. P.*, 1892, 1, 219); elle ressort implicitement de l'article 553, aux termes duquel les constructions, plantations et ouvrages sont présumés appartenir au propriétaire du sol « *si le contraire n'est prouvé* », ce qui consacre bien la possibilité d'une division horizontale entre propriétés superposées.

1824. Nature juridique du droit de superficie; rapports entre les deux propriétés superposées.

A. Il est admis sans difficulté que la superficie est *un droit de propriété* et non un usufruit ou une servitude (arrêts précités); le *superficiaire* est un *propriétaire foncier*; c'est ce qui résulte de la formule de l'article 553 sur laquelle on s'appuie pour démontrer la légalité du droit de superficie : « *si le contraire n'est prouvé* », et surtout des mots qui suivent « *sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise...* ».

Il n'est pas indifférent d'assigner au droit de superficie le caractère d'une propriété immobilière; on prend par cela même parti sur plusieurs questions.

1° Le superficiaire étant propriétaire des constructions et des plantations, va pouvoir les *hypothéquer*, ce qui lui serait interdit s'il était titulaire d'une simple servitude : les servitudes sont, en effet, insusceptibles d'hypothèques;

2° Pour la même raison, le superficiaire pourra *céder* son droit, à titre onéreux ou à titre gratuit, au lieu qu'une servitude ne saurait être cédée séparément du fonds auquel elle appartient;

3° Le superficiaire peut disposer à son gré des superfices : il en est le maître;

4° Le droit de superficie est, de sa nature, *perpétuel*; on décide même très généralement qu'il n'est pas susceptible de s'éteindre par le non-usage, ce qui le différencierait encore des servitudes (voy. les arrêts précités du 5 nov. 1866 et du 27 avril 1891). Mais cette solution est très contestable : *a*) la raison qui fait écarter logiquement l'extinction par le non-usage en matière de pleine propriété, n'existe pas pour le droit de superficie : tandis que l'inaction du plein propriétaire ne profite à personne, celle du superficiaire bénéficie au propriétaire du sol; on conçoit donc que cette situation de fait, si elle vient à se prolonger pendant trente ans, devienne le droit. Sous une autre forme, le droit de superficie a, malgré tout, un caractère *accessoire* et *secondaire* par rapport à la propriété du sol; *b*) d'ailleurs, en fait, ce droit est enfermé dans des limites de temps; il est concédé

pour un nombre d'années déterminé, ce qui prouve bien encore qu'on ne peut le traiter ainsi qu'un droit de pleine propriété; *c*) la solution couramment admise a de très graves inconvénients économiques : le propriétaire du sol se voit privé d'une partie importante de son bien sans que cette privation profite à personne : une construction s'effondre faute d'entretien; le sol se couvre de ronces, en sorte que la situation du propriétaire foncier empire, sans remède possible, car il n'a pas la ressource de demander le partage, ainsi que nous allons le constater. Pour ces raisons, nous estimons que le droit de superficie s'éteint par le non-usage de trente ans (Comp. la note précitée de M. LABBÉ).

1825. — B. Les deux droits, du propriétaire et du superficiaire, portent sur deux objets différents; il n'y a donc pas, entre eux, de copropriété, avec ou sans indivision. En conséquence, aucun d'eux n'est qualifié pour demander le partage, à un moment quelconque (Civ., 16 déc. 1873, *S.*, 1874, 1, 457, note LABBÉ, *D. P.*, 1874, 1, 249).

1826. Etablissement du droit de superficie. — Ce droit s'établit ordinairement par convention; on conçoit aussi que la prescription joue ici son rôle habituel.

1° *Etablissement par convention.* — Cette convention est ordinairement un contrat de *bail* : le propriétaire donne le sol à bail; il permet au preneur de construire et de planter et il renonce au bénéfice de l'*accession*, de la règle « *superficies solo cedit* », laquelle n'est point d'ordre public.

Bien mieux, la renonciation n'est pas nécessairement expresse; elle peut être *tacite*; on l'induit des conditions, des clauses du bail, par exemple de la clause en vertu de laquelle les constructions élevées par le preneur seront affectées hypothécairement au paiement du loyer : une hypothèque ne peut être établie sur une chose corporelle que par le propriétaire de cette chose; du moment que les parties ont prévu l'affectation hypothécaire des constructions à élever par le locataire et en garantie de sa dette locative, c'est évidemment que ces constructions lui appartiendront.

1827. Bail à domaine congéable. — Dans ce genre de bail, usité en Basse-Bretagne, le fermier, qu'on appelle le *domanier*, est propriétaire de tous les *édifices et superfices*, y compris les travaux d'amélioration; le propriétaire du sol, ou *foncier*, n'a que le terrain nu; il peut donner *congé* au domanier — et de là le nom de bail à *domaine congéable* — en lui remboursant la valeur des édifices et superfices; de son côté, le domanier peut se retirer, faire l'*exponse*, l'aban-

don des superfices, contre indemnité (Voy. les lois des 7 juin, 6 août 1791 et 8 fév. 1897). Comme on le voit, le droit de superficie ne présente pas, dans cette application, un caractère de perpétuité; les parties pourraient d'ailleurs le lui conférer en renonçant, l'une et l'autre, à la faculté de *congément*.

2° Acquisition par *prescription*. — L'article 553 suppose qu'un tiers acquière une propriété, souterraine ou superficiaire, au moyen de la prescription. L'éventualité ne semble pas être très pratique; en général, l'acquisition porte sur le domaine tout entier; on peut supposer cependant que la possession n'ait porté que sur un arbre, ou sur certains arbres plantés sur le terrain d'autrui (usucapion *trentenaire*); ou encore, que sa portée soit précisée et limitée par un titre émané d'un *non-dominus*; c'est un non-propriétaire qui a voulu établir un droit de superficie sur la chose d'autrui (usucapion de dix à vingt ans, avec juste titre et bonne foi).

§ II. — MAISONS DIVISÉES PAR ÉTAGES OU PAR APPARTEMENTS

1828. Bibliographie. — M. Porte, *Essai sur l'article 664 du Code civil*, thèse, 1899; Ch.-L. Julliot, *Traité-formulaire de la division des maisons par étages et par appartements*, préface H. Capitant. Pour l'*Italie*, v. *Rev. intern. de la propriété bâtie*, 1934, p. 194.

1829. — Il arrive de plus en plus fréquemment qu'une maison soit divisée, quant à la propriété même, par étages ou par appartements. Ceux à qui elle appartient sous cette forme de tenure ne sont pas des copropriétaires, sauf pour certaines parties communes : sol, escalier, toit, gros murs, etc.; leurs droits ont un caractère d'exclusivité qui permet à chacun de dire : ceci est à moi; il s'agit donc bien d'une propriété individuelle, unitaire, avec cette seule particularité qu'elle porte sur un objet qui constitue la partie d'un tout : il y a coexistence et superposition de propriétés distinctes et exclusives, mais venant se conjuguer, pour les parties communes de l'immeuble, avec une indivision qui est même, nous l'avons précédemment signalé, une indivision forcée et perpétuelle (*sup.*, n° 1794).

1830. Inconvénients de ce régime. — 1° Comme nous venons de le rappeler, le régime de la division d'une maison par étages ou par appartements a l'inconvénient d'engager indéfiniment l'avenir, en ce sens qu'il implique une indivision forcée et perpétuelle pour les parties communes de

l'immeuble. Aucun partage n'est possible, ni pour les étages, puisqu'ils sont l'objet d'une propriété unitaire et exclusive, ni pour les parties communes, puisqu'elles sont en état d'indivision forcée;

2° Ce régime implique des rapports nombreux et complexes entre les différents propriétaires dont le voisinage est une cause de frictions et de conflits; l'article 664 a bien posé certaines règles en vue de mettre fin aux contestations ou de les prévenir; mais les mesures qu'il institue sont très insuffisantes. Aussi est-il fréquent qu'un *règlement* dit de *copropriété* intervienne en vue de déterminer les droits et les obligations de chacun des occupants; mais ce *modus vivendi* ne lie que ceux qui l'ont accepté, expressément ou tacitement, et l'on peut douter qu'il soit opposable de lui-même à un ayant cause à titre particulier tel qu'un acheteur, lequel est fondé à le traiter comme *res inter alios acta*.

Mieux vaudrait un statut législatif : c'est ce qui a été compris et réalisé dans maints pays : en *Belgique*, la situation juridique des maisons divisées par étages, est réglementée par une loi du 8 juillet 1924; en *Italie*, elle l'est par l'importante loi du 15 janvier 1934 sur *la copropriété édilitaire*.

1831. Avantages de la combinaison. — Ils sont incontestables et n'ont fait que se développer depuis la guerre.

1° Cette combinaison permet, lors du décès du chef de famille, d'éviter et le régime de l'indivision entre les enfants et surtout la vente de l'immeuble familial. S'il y a, par exemple, trois enfants, chacun d'eux prendra un des trois étages, ou deux des six étages;

2° Grâce à la division par étages, on peut devenir propriétaire de son logement, de son « home », sans avoir à acquérir un immeuble tout entier et moyennant un sacrifice pécuniaire limité : on deviendra ainsi *propriétaire sans locataires*;

3° Cet avantage est d'autant plus appréciable que la situation de locataire et celle de propriétaire bailleur se heurtent, à l'époque actuelle, à des obstacles et présentent de multiples inconvénients : ce n'était point facilement qu'on trouvait, dans les grandes villes, au lendemain de la guerre, à prendre à bail un appartement; quant au propriétaire bailleur, il n'est plus maître chez lui, exproprié qu'il est temporairement — et bien injustement — par la législation de guerre et d'après-guerre qui permet aux preneurs de s'incruster dans les locaux et qui a soustrait le contrat de bail au jeu de la loi de l'offre et de la demande.

Aussi comprend-on que le régime de la division par étages, qui n'était jadis pratiqué couramment qu'à Grenoble et à

Rennes, se soit généralisé au cours de ces dernières années et que des sociétés se soient constituées un peu partout en vue de construire des immeubles destinés à être vendus au détail, par étages ou par appartements.

1832. Droits des différents occupants.

1° En ce qui concerne les *étages* ou les *appartements*, le droit de l'occupant est exclusif et entier; celui-ci peut aliéner, hypothéquer, léguer, donner à bail son étage ou son appartement, de même qu'il a la faculté d'exécuter des travaux, des améliorations, des réparations, à condition de respecter les droits et les intérêts des autres occupants et, notamment, de ne pas aggraver, pour ceux-ci, les *obligations normales de voisinage*; cette dernière notion, née pour les relations entre propriétaires fonciers voisins, trouve ici à s'employer, et avec une rigueur particulière (Riom, 21 mars 1877, *S.*, 1878, 2, 100, *D. P.*, 1878, 2, 32; Chambéry, 14 mai 1870, *S.*, 1870, 2, 247).

En revanche, le propriétaire de l'étage fait le plancher sur lequel il marche et l'escalier qui conduit à son étage (art. 664, al. 3 et 4);

2° Quant aux *parties communes*, on leur applique les règles relatives à l'*indivision forcée* : chacun des occupants peut en user, à la condition de respecter la *destination* et le *mode de jouissance* et de ne causer aucun trouble, aucun dommage aux autres propriétaires (Req. 28 oct. 1891, *D. P.*, 1893, 1, 246; Civ., 28 fév. 1894, *D. P.*, 1894, 1, 235, *S.*, 1896, 1, 209, note Lyon-Caen; Req. 26 fév. 1912, *S.*, 1917, 1, 37).

1833. — Les *obligations* et les *charges* sont nombreuses; aux termes de l'article 664 :

Les *gros murs* et le *toit* sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de son étage. Cette disposition veut être étendue à toutes les charges communes : réparations concernant les cours, portes, allées, cages d'escaliers, fosses d'aisance, etc.; impôt foncier et impôt sur les portes d'entrée. Toutes ces charges doivent être supportées par chacun des occupants proportionnellement à la valeur de son étage ou de son appartement, abstraction faite du mobilier, et même des agréments ou embellissements qu'il comporte.

1834. — Il faut encore observer :

1° Que ces règles ne sont applicables qu'en l'absence d'un *règlement de copropriété* dont l'article 664 réserve formellement la priorité;

2° Que chacun des occupants peut se soustraire aux charges communes en faisant *abandon* de ses droits sur les parties indivises (arg. art. 656 et 699). Toutefois, cette faculté est théorique plutôt que pratique, paralysée qu'elle serait par la réserve finale de l'article 656 : le renonçant ne devrait plus bénéficier des avantages de la partie commune abandonnée; or, cette abstention est difficilement concevable pour les parties communes d'une maison, puisqu'elles servent automatiquement et indivisément à tous les occupants.

Section III. — MODALITÉS ET LIMITATIONS AFFECTANT LES ATTRIBUTS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Les clauses d'inaliénabilité

1835. Bibliographie. — A. Wagner, *La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs*, *Rev. trim.*, 1907, p. 311; Bartin, *Des conditions impossibles et illicites*; Chéron, *La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité*, *Rev. trim.* 1906, p. 339; Tissier, notes *S.* 1904, 1, 225; 2, 201; 1905, 1, 513; L. Josserand, *Les mobiles*, n^{os} 223 et suiv.; thèses Saignat, 1896; Bretonneau, 1902; Rongier, Lyon, 1902; Achard, 1910.

1836. Vue générale. — Les trois attributs que les prudents reconnaissaient au *dominus* : *jus abutendi*, *jus fruendi*, *jus utendi*, ne lui appartiennent pas nécessairement; l'un d'eux, ou même plusieurs d'entre eux peuvent se détacher de la souche commune, par la volonté du titulaire ou par celle de la loi. Le droit de propriété subsiste toujours, dans son unité originelle; il n'y a qu'un seul propriétaire; seulement ce propriétaire unique est privé de l'une ou de plusieurs de ses prérogatives habituelles; il n'a plus une propriété *pleine et entière*, mais une propriété *démembrée*; car, le plus souvent, la prérogative qui lui manque s'en est allée dans un autre patrimoine où elle revêt l'aspect d'un démembrement de la propriété, d'une charge, d'un droit réel dérivé de la propriété : servitude, usufruit, usage, emphytéose, etc.

Ces droits réels seront étudiés dans le titre suivant, consacré aux démembrements de la propriété (*inf.* n^{os} 1852 et suiv.) : nous nous bornons donc, dans la présente section, à en signaler l'origine, à noter qu'ils sont autant de pris sur les attributs de la pleine propriété.

Mais il arrive qu'un de ces attributs se détache de la propriété sans cependant se constituer à l'état de droit réel au

profit d'une autre personne; le propriétaire n'a qu'une propriété diminuée, mais nul ne profite de cette diminution; le démembrement de son *dominium* se réalise sans contrepartie. L'attribut qui se prête à cette besogne de désagrégation pure et simple est d'ailleurs le plus essentiel de tous, à savoir le *jus abutendi*, le droit de disposer de son bien. Il est des choses qui sont *inaliénables*, qui ne comportent donc, au moins pour l'instant, qu'une propriété minimisée. Il faut examiner de près ce phénomène d'ordre juridique qui a nom : l'*inaliénabilité*.

I. Le principe

1837. Caractère aliénable de la propriété. — Il est incontestable que la propriété est aliénable et que ce principe de la libre circulation des biens a un caractère d'ordre public; économistes et juristes sont d'accord sur ces deux points; ils se réclament en ce sens et de la structure de la propriété moderne qui est destinée à changer de main — l'échange est créateur de richesse — et non pas à constituer une mainmorte dont les dangers, économiques et politiques, se sont affirmés au cours de notre ancienne France; et aussi de nombreux textes qui proclament ou qui présupposent l'aptitude des biens à circuler librement, de par la volonté de leur propriétaire : articles 544, 896, 1048 et suiv., 1594. Au reste, c'est un principe que tous les droits sont *cessibles*, sauf disposition contraire dans la loi; or, l'aliénation se ramène à une cession du droit de propriété; elle doit donc être constamment possible et licite.

II. Les exceptions

1838. Enumération. — Les exceptions à la règle de l'aptitude des biens à circuler, c'est-à-dire les *cas d'inaliénabilité*, se ramènent, d'après leur origine, à trois catégories :

1° Il est des inaliénabilités qui sont édictées directement *par la loi*;

2° Il en est d'autres qui sont établies par des particuliers, mais en application d'un *texte légal* permissif, en fonction d'une *institution régulière*;

3° Enfin, il arrive qu'un bien soit soustrait à la circulation, directement ou uniquement en vertu d'une clause dite *d'inaliénabilité*.

1839. I. Inaliénabilité instituée directement et uniquement par la loi. — Il faut citer dans cet ordre d'idées :

1° Les objets mobiliers qui ont été *classés* (L. 30 mars

1887, modif. par l. 31 déc. 1913 et l. 31 déc. 1921, art. 34 à 38) ; leur aliénation est interdite, s'ils appartiennent à l'Etat; elle est soumise à l'autorisation du ministre des Beaux-Arts et elle ne peut avoir lieu que dans des formes déterminées, s'ils appartiennent à un département, à une commune, à un établissement public ou d'utilité publique; la propriété ne peut d'ailleurs en être transférée qu'à l'Etat, à une personne publique ou à un établissement d'utilité publique (art. 18) ;

2° Les *billets de chemin de fer* : ils sont incessibles en ce sens qu'ils ne sauraient être utilisés par plusieurs voyageurs successifs; du moment que le trajet est commencé, ils deviennent inaliénables. La constatation présente de l'intérêt, surtout pour les billets d'aller et retour (L. Josserand, *Les transports*, 2e édit., nos 826 et suiv.).

1840. II. **Inaliénabilité établie par des particuliers, mais en application d'un texte légal permissif.** — Il arrive que la loi permette aux volontés privées de rendre certains biens inaliénables comme conséquence de l'adoption d'un régime déterminé.

1° Sous le *régime dotal*, la *dot* de la femme est, en principe, *inaliénable*, même du consentement des deux époux (art. 1554) ;

2° Les biens compris dans une *substitution permise* sont eux-mêmes frappés d'inaliénabilité pendant la vie de la personne gratifiée (art. 1048 et suiv.) ;

3° Le *bien de famille*, qui est insaisissable et insusceptible d'hypothèque, n'est aliénable que dans certaines conditions, au moins si le constituant est marié ou s'il a des enfants mineurs : on veut éviter que ce bien ne sorte trop facilement de la famille dont il constitue le foyer et la sauvegarde (*sup.* nos 1539 et suiv.; l. 12 juill. 1909, art. 11). De plus, la *vente à réméré* est interdite (art. 10, § 2).

1841. III. **Clauses d'inaliénabilité.** — Notre jurisprudence permet aux particuliers d'établir, *sous de certaines modalités*, l'inaliénabilité d'un bien au moyen d'une clause insérée dans l'acte d'aliénation.

Primitivement, cette facilité était impitoyablement refusée par la Cour de cassation qui considérait comme radicalement nulle toute clause de ce genre, sans distinction (Civ., 6 juin 1853, *D. P.*, 1853, 1, 191). Mais une évolution se produisit, qui fut préparée, dès 1842, par un arrêt de la Cour d'Angers (29 juin 1842, *S.*, 1842, 2, 400), puis consacrée par un arrêt de la Chambre civile (20 avril 1858, *S.*, 1858,

1, 589, *D. P.*, 1858, 1, 154), enfin confirmée par de nombreuses décisions émanées de diverses juridictions; depuis longtemps, la validité, *à de certaines conditions*, des clauses d'inaliénabilité, fait partie intégrante du droit jurisprudentiel, au point qu'elle n'est plus sujette à contestation, dans son principe, à la barre des tribunaux.

1842. Conditions exigées pour la validité des clauses d'inaliénabilité. — Le principe n'a pas varié : la clause d'inaliénabilité est nulle, comme faisant échec à la libre circulation des biens et à différents textes du Code civil, les articles 544 et 1594 notamment. Seulement, ce principe n'est plus absolu; depuis 1858, la Cour de cassation admet la validité de la clause lorsque les conditions suivantes se trouvent réunies :

Première condition. — La clause ne peut intervenir que dans un *acte d'aliénation*, à l'occasion d'un transfert de propriété. Il ne saurait dépendre d'une propriétaire de décréter, par un acte de volonté unilatérale, que sa chose sera désormais inaliénable entre ses mains; la solution est d'autant plus certaine que l'inaliénabilité entraîne l'insaisissabilité : il n'est pas admissible qu'un débiteur puisse, par un simple geste, soustraire ses biens à l'action de ses créanciers.

En général, et *presque toujours*, l'acte d'aliénation dont il s'agit est un *acte à titre gratuit*, donation entre vifs ou testament : le donateur ou le testateur immobilise, par la clause d'inaliénabilité, les biens par lui donnés ou légués, entre les mains du donataire ou du légataire. Mais, théoriquement, rien ne s'oppose à ce que la stipulation figure dans un acte *à titre onéreux* tel qu'une vente; pratiquement, il sera rare qu'un acheteur y souscrive; du moment qu'il paie, il entend avoir la libre disposition de la chose achetée.

1843. — *Deuxième condition.* — La clause d'inaliénabilité doit être *temporaire*; un bien ne saurait être mis définitivement hors du commerce (Req., 20 mai 1879, *D. P.*, 1879, 1, 431, *S.*, 1880, 1, 14; 24 janv. 1899, *S.*, 1900, 1, 342, *D. P.*, 1900, 1, 533). On assimile d'ailleurs aux clauses perpétuelles celles qui établiraient l'inaliénabilité pour une très longue période, par exemple pour toute la vie de l'acquéreur (arrêt précité du 24 janv. 1899; Paris, 30 déc. 1901, *S.*, 1904, 2, 201, note Tissier), ou pour un temps non défini (Civ. 29 juin 1933, *S.* 1933, 1, 325, *D. H.* 1933, 477). Mais la jurisprudence se montre fort libérale en pareille matière : des clauses d'inaliénabilité ont été validées, encore que portant sur une période de trente ou de quarante années (Trib. civ.

Seine, 22 mars 1881, *Rev. notariat*, n° 6274, Bordeaux, 14 mars 1934, *S.* 1935, 2, 94) : la distinction des inaliénabilités perpétuelles et temporaires est une question de fait que les juges du fond tranchent souverainement, ce qui explique des différences d'appréciation, de prime abord assez singulières, mais tenant aux circonstances de la cause.

1844. — *Troisième condition.* — Il faut que la clause d'inaliénabilité se justifie par un *intérêt légitime*; comme il arrive souvent, l'acte échappe à la nullité qui le guettait, grâce au *mobile sauveur* qui l'a inspiré et qui l'explique; c'est le *mobile-but* qui est décisif et qui remplit une *fonction justificative* (L. Josserand, *Les mobiles*, n^os^ 223 et suiv.).

L'intérêt légitime qui sauve ainsi l'acte de la nullité peut être celui de l'*aliénateur*, ou celui de l'*acquéreur*, ou celui d'un *tiers*.

1° *Intérêt légitime de l'aliénateur.* — Cet intérêt peut revêtir différents aspects : *a*) le disposant a retenu l'usufruit des biens donnés; il désire avoir affaire au gratifié lui-même, non à tout autre nu propriétaire; en conséquence, il va immobiliser les biens entre les mains de l'acquéreur, au moyen d'une clause d'inaliénabilité (Req. 9 mars 1868, *D. P.*, 1868, 1, 309; Civ., 22 juill. 1896, *D. P.*, 1898, 1, 17, note Planiol); *b*) Le disposant est un ascendant du donataire; la loi lui accorde un droit de *retour légal* si le descendant gratifié prédécède sans postérité et pourvu que les objets donnés se retrouvent *en nature* dans sa succession (art. 747, § 1) : le donateur aura tous apaisements à ce dernier sujet, s'il stipule que les biens par lui donnés seront inaliénables de la part du donataire (Civ., 20 avril 1858, précité);

2° *Intérêt légitime de l'acquéreur.* — On veut le protéger contre lui-même, contre sa légèreté, son inexpérience, sa prodigalité : le disposant stipule, à cet effet, que les biens donnés ou légués seront inaliénables, donc insaisissables entre ses mains pendant un certain temps, jusqu'à ce qu'il ait atteint un âge déterminé, vingt-cinq ou trente ans par exemple (Req. 11 juill. 1887, *S.* 1877, 1, 443, *D. P.* 1878, 1, 62; 18 avril 1901, *S.* 1901, 1, 240, *D. P.* 1901, 1, 254; 23 mars 1903, *S.* 1904, 1, 225, note Tissier, *D. P.* 1903, 1, 337, note Planiol; 30 janv. 1911, *S.* 1912, 1, 385, note Wahl; 11 juin 1913, *D. P.* 1914, 1, 242; 16 janv. 1923, *D. P.* 1923, 1, 177);

3° *Intérêt légitime d'un tiers.* — Les biens légués sont déclarés inaliénables entre les mains du légataire afin d'assurer le service d'une rente viagère dont ils sont grevés au profit d'une tierce personne (Req. 12 juill. 1865, *S.* 1865, 1,

342, *D. P.* 1865, 1, 475; Civ. 16 mars 1903, *S.* 1905, 1, 513, note TISSIER, *D. P.* 1905, 1, 126).

1845. — Lorsque la clause peut se réclamer de l'une des fonctions précédentes, elle est considérée comme légitime, à condition d'être temporaire; on estime qu'elle ne tend plus alors à mettre un bien hors du commerce, mais qu'elle constitue une mesure de sage prévoyance (Paris, 12 janv. 1906, *D. P.* 1906, 2, 361) : *la fin justifie les moyens.*

1846. Effets produits par la clause d'inaliénabilité. 1° Lorsque les conditions exigées par la jurisprudence ne sont point réunies, la clause est radicalement nulle, en vertu de l'article 6 et comme contrevenant à l'ordre public. En principe, elle ne contamine pas l'acte dans lequel elle se trouvait insérée, du moins si, comme il arrive presque toujours, cet acte constitue une libéralité; elle est alors réputée simplement non écrite (art. 900). Il n'en irait autrement que si, d'aventure, elle avait la valeur d'une *cause impulsive et déterminante*, c'est-à-dire si elle représentait le mobile même auquel le disposant a obéi en consentant sa libéralité.

2° Si les conditions requises sont réunies, la clause sort ses effets : les biens qu'elle vise sont *inaliénables* dans le patrimoine de l'acquéreur; et, du même coup, ils deviennent réfractaires à l'établissement d'un *droit réel* quelconque (hypothèque, servitude, etc.), de même qu'ils sont *insaisissables* : car l'inaliénabilité détermine l'*insaisissabilité*; ces biens échappent donc à l'action des créanciers du gratifié.

1847. Sanctions de l'inaliénabilité. — Si l'acquéreur transgresse la défense d'aliéner, s'il vend ou s'il donne le bien stipulé inaliénable, diverses sanctions sont concevables.

1° Le disposant est fondé à réclamer des dommages-intérêts ou à poursuivre la révocation de la libéralité pour inexécution de la charge par lui imposée au donataire; mais cette dernière sanction dépasse le but à atteindre puisqu'elle fait tomber, non pas une, mais deux aliénations successives; elle rétablit le *statu quo*, non pas d'avant l'aliénation irrégulière, mais d'avant la donation accompagnée de la clause transgressée.

1848. — 2° Une sanction plus mesurée consisterait dans la nullité de la seule aliénation irrégulière, la libéralité subsistant intacte; elle est admise par notre jurisprudence (Req. 9 mars 1868, *S.* 1868, 1, 204; Paris, 9 mars 1903, *S.* 1904, 2,

204; Toulouse, 16 janv. 1907, *S.* 1908, 2, 133); elle est construite sur le type d'une *nullité relative* qui est donc susceptible de disparaître par suite d'une confirmation et qui peut être invoquée uniquement par *la personne dans l'intérêt de laquelle l'inaliénabilité avait été stipulée*, donc, suivant les cas, par le seul aliénateur, ou par le seul acquéreur, ou par le tiers bénéficiaire. Le *mobile* qui avait inspiré la clause fait donc ici un retour offensif; après avoir décidé de la validité de ladite clause, il trace le cercle des personnes à qui appartient l'action en nullité (Req. 27 nov. 1893, *S.* 1894, 1, 349, *D. P.* 1894, 1, 566; 23 mars 1903, précité; 16 janv. 1923, précité).

1849. Critiques adressées au système jurisprudentiel. — Elles s'adressent et à la *validation* des clauses d'inaliénabilité remplissant les conditions énumérées, et à la *sanction* attachée à ces clauses.

1° Sur le premier point, qui est capital, on a reproché à la jurisprudence d'avoir donné droit de cité aux clauses remplissant les conditions énumérées; des auteurs autorisés estiment que toutes les clauses d'inaliénabilité devraient être considérées comme nulles, étant contraires au principe de la libre circulation des biens et à plusieurs textes du Code civil, et que la jurisprudence aurait donc dû s'en tenir à sa première position (*sup.*, n° 1841; *sic*, Tissier, note *S.*, 1904, 1, 225, col. 2; Planiol et Ripert, n° 2347). On peut ajouter qu'on ne s'explique pas comment un bien, aliénable entre les mains d'un propriétaire, peut devenir soudainement inaliénable entre celles de son ayant cause; on comprendrait que l'aliénateur retînt par devers lui une partie de ses droits, telle ou telle prérogative, mais il est étrange que, sans rien conserver pour lui ni pour qui que ce soit, il ne transmette cependant à l'acquéreur qu'une propriété réduite et que le droit d'aliéner se volatilise ainsi, purement et simplement.

Cette série d'objections sont impressionnantes, et il est certain qu'en *droit strict*, la jurisprudence qui s'est formée sur les clauses d'inaliénabilité est indéfendable. Mais le droit n'est pas inclus tout entier dans les textes, ni même dans des principes d'ordre public absolument rigides; ce ne sont pas seulement les droits qui présentent un caractère de *relativité*, ce sont aussi, à l'inverse, les prohibitions légales; pas plus qu'un droit ne saurait être utilisé à l'encontre de son esprit et de son but, ainsi une défense faite par la loi ne saurait être appliquée indéfiniment, à tort et à travers; elle doit fléchir du moment qu'elle devient sans objet et qu'elle ne peut plus se justifier; elle a une fonction sociale à rem-

plir au delà de laquelle elle perd son pouvoir. C'est à la jurisprudence qu'il appartient d'en déterminer l'étendue; elle l'a fait, très raisonnablement ici, en prenant en considération et la durée de l'inaliénabilité et surtout le but poursuivi par le disposant; les mobiles, qui vicient parfois les actes accomplis en vertu d'un droit (actes dits *abusifs*), purifient, à l'inverse, certains actes accomplis en violation d'une règle légale : il existe des mobiles *justificatifs*, des mobiles *sauveurs*, qui soustraient des actes juridiques à la nullité dont ils étaient menacés; la notion du *mobile-but* domine ainsi le droit tout entier et explique notamment la jurisprudence qui s'est instituée sur les clauses d'inaliénabilité.

1850. — 2° Un autre reproche est adressé au système jurisprudentiel : la clause d'inaliénabilité, reconnue valable, ayant été transgressée par le gratifié, l'aliénation ainsi consentie ne devrait pas être frappée de nullité, même relative; on ne voit pas comment la méconnaissance d'une *obligation personnelle* établie par la volonté de l'intéressé, — obligation de ne pas aliéner — exercerait une influence décisive et *directe* sur le sort de l'acte accompli par le débiteur inexact; surtout, on ne voit pas comment elle serait de nature à retentir sur les tiers (*Sic* : Bartin, *Conditions impossibles et illicites*, pp. 164 et suiv., 5e édit. Aubry et Rau, t. XI, § 692, note 37 *septies*). L'inaliénabilité ne devrait donc pas, dans cette opinion, comporter d'autres sanctions que la révocation de la libéralité pour inexécution des charges et, s'il y a lieu, des dommages-intérêts au profit du disposant et contre le gratifié qui a manqué à ses obligations.

Il faut bien reconnaître que, dans le système jurisprudentiel, les clauses d'inaliénabilité établissent, non point, comme on l'a prétendu (M. Picard, n° 228), une *indisponibilité réelle* du bien donné ou légué, mais du moins une *incapacité personnelle* et localisée du donataire ou du légataire, avec cette particularité vraiment exceptionnelle que ce n'est pas nécessairement dans son intérêt qu'elle a été établie, mais peut-être et aussi bien dans celui du disposant ou d'un tiers. Cette prémisse admise, il est normal que l'aliénation effectuée au mépris d'une telle incapacité soit atteinte d'une nullité relative, mise à la disposition de la seule personne dans l'intérêt de laquelle elle existe. Ce qui est anormal, ce n'est pas, à vrai dire, que l'aliénation irrégulière soit nulle, mais c'est que le disposant ait pu frapper le donataire ou le légataire d'une *incapacité contractuelle*, ou, plus généralement, d'une incapacité établie *par la*

volonté de l'homme et qui prend les proportions d'une véritable *incapacité de jouissance*, puisque le bien déclaré inaliénable ne saurait être aliéné ni par le gratifié ni par ses représentants.

1851. Clauses de remploi. — Il arrive que le disposant sans aller jusqu'à frapper le bien donné ou légué d'une inaliénabilité absolue, stipule qu'il ne pourra être aliéné qu'à charge de remploi, c'est-à-dire à condition d'être remplacé par un autre bien qui prendra, dans le patrimoine de l'aliénateur, sa position juridique. Des clauses de ce genre, que la pratique et la doctrine autorisent dans le contrat de mariage, doivent pouvoir intervenir dans le cadre d'une libéralité ordinaire, pourvu qu'elles se justifient par les mobiles qui les ont fait insérer dans l'acte de donation ou dans le testament : *qui peut le plus peut le moins*; du moment que le disposant aurait pu frapper les biens dont il se dessaisissait d'une inaliénabilité absolue et opposable à tous, il doit être admis à en conditionner l'aliénation éventuelle dont la validité sera subordonnée à la réalisation d'un remploi (*Sic*, Req. 30 oct. 1911, S. 1912, 1, 385, note Wahl, *en sens contraire*).

TITRE III

LES DÉMEMBREMENTS ET LES CHARGES DE LA PROPRIÉTÉ

(Droits réels principaux)

1852. Délimitation du sujet. — Les démembrements et les charges de la propriété sont tous des *droits réels*, puisque, par définition même, ils sont pris sur la propriété qui est elle-même le droit réel type.

Mais la proposition inverse ne serait pas exacte, au moins en droit jurisprudentiel : les droits réels ne sont pas tous de véritables démembrements de la propriété; il faut excepter de cette symétrie les *droits réels accessoires*, ceux qui ont pour mission de garantir l'exécution d'une obligation à laquelle ils sont attachés et qui font figure de *sûretés*, notamment les *privilèges* et les *hypothèques*; et aussi le droit spécial qui appartient au *concessionnaire d'une sépulture*.

Nous n'étudierons donc à cette place que les seuls droits *réels principaux*, qui, se suffisant à eux-mêmes, représentent effectivement une partie des attributs de la propriété dont ils constituent des démembrements ou tout au moins des charges effectives.

1853. Classification. — Or, on conçoit que le détachement qui s'est opéré, porte sur tel ou tel attribut du droit de propriété, soit sur le droit de jouissance — *jus fruendi* —, soit sur le droit d'usage — *jus utendi* —, soit enfin sur une prérogative déterminée.

1° *Droit de jouissance*. — Le propriétaire qui a droit, en principe, à tout ce que produit sa chose (art. 546 et 547), peut être privé cependant de cette prérogative, générale et primordiale sans doute, mais non essentielle. Toutefois, une confusion doit être évitée : il arrive fréquemment que le droit de percevoir les fruits d'un immeuble soit reconnu à une personne qui n'a ni la qualité de propriétaire, ni celle de possesseur véritable, sans que la propriété ait été démem-

brée à son profit : un fermier a droit aux récoltes du fonds loué, mais en tant que créancier seulement, non en qualité de titulaire d'un droit réel. Dans la réalité juridique, le bailleur a conservé le *jus fruendi*; seulement, au lieu de percevoir les fruits en nature, il les reçoit en argent, sous forme de fermages; il a conservé tous les attributs de sa propriété qui n'est aucunement démembrée.

Mais il peut recourir à une mesure plus grave; il lui est loisible de céder son droit de jouissance, de le constituer, au profit d'une autre personne, à l'état de démembrement de son droit de propriété : ce démembrement sera, suivant les cas, un droit d'*usufruit* ou bien un droit d'*emphytéose*. Il faut mentionner encore, parmi les droits de jouissance, certains droits à base de *concession* : droits appartenant au concessionnaire d'une *mine* ou au concessionnaire d'une *sépulture*.

2° *Droits d'usage*. — Il advient que le propriétaire soit privé seulement de l'*usage* de son bien; le droit, constitué à l'état de démembrement de la propriété, est alors soit un droit d'*usage* proprement dit, soit un droit plus spécialisé (*habitation*, droit de *chasse*, etc.).

3° Enfin, il est possible que le propriétaire, tout en conservant et la jouissance et même, en principe, l'usage de son fonds, consente cependant à ce qu'un attribut déterminé de son droit de propriété soit érigé à l'état de droit réel dans l'intérêt d'un fonds voisin; c'est alors une *servitude* qui vient démembrer sa propriété ou, plus exactement, en gêner l'exercice.

1854. Plan. — Nous étudierons :

1° Les *droits réels de jouissance* (USUFRUIT, EMPHYTÉOSE; concession d'une *mine* ou d'une *sépulture*);

2° Les *droits réels d'usage* (USAGE, HABITATION, etc.);

3° Les *servitudes*.

PREMIÈRE CATÉGORIE

Droits réels de jouissance

1855. — Les droits réels de jouissance sont :

1° L'*usufruit*, droit viager;

2° L'*emphytéose*, droit dont l'existence est indépendante de celle du titulaire;

3° Et aussi certains droits de jouissance spécialisés (*mines*, *sépultures*).

CHAPITRE PREMIER

L'Usufruit

1856. Définitions. — L'article 578 donne de l'usufruit une définition défectueuse, qui n'accuse pas les caractéristiques fondamentales de ce droit; elle passe, en effet, sous silence, son caractère *réel* et son caractère *viager*, et elle conviendrait aussi bien au droit du simple *preneur*.

Il faut dire que l'usufruit est *un droit de jouissance, réel et viager, qui porte sur la chose d'autrui*.

Le titulaire de ce droit a nom : l'*usufruitier*; le propriétaire, dont le *dominium* se trouve ainsi démembré, est qualifié de *nu propriétaire*; et, en effet, aussi longtemps que dure l'usufruit, il n'a guère qu'un *titre nu*.

1857. Caractéristiques et analyse de l'usufruit. — Il suffit, pour dégager les lignes fondamentales de l'usufruit, de reprendre et d'analyser la définition ci-dessus.

I. L'usufruit est un droit *réel*, donc opposable à tous, et c'est en quoi il diffère le plus du droit qui appartient à un simple preneur, locataire ou fermier, dont la situation est celle d'un créancier. Cette opposabilité du droit d'usufruit s'affirme, même à l'encontre du nu propriétaire; une fois détaché de la souche première, l'usufruit vit d'une vie propre; en principe, les deux droits, propriété et usufruit, sont indépendants; leurs rayons d'action sont différents. Le nu propriétaire et l'usufruitier ne sont donc pas dans l'indivision et il ne saurait être question de partage entre eux; ce sont deux droits différents qui portent sur une même chose; or, l'indivision implique l'existence de deux droits de nature identique (Req. 7 janv. 1878, *D. P.* 1878, 1, 145, note Ch. BEUDANT; 10 déc. 1889, *D. P.* 1891, 1, 71).

II. L'usufruitier a un droit de *jouissance*; il peut jouir de la chose, en recueillir les fruits, s'en servir, en user; car le droit de jouissance englobe nécessairement le droit d'usage. L'usufruitier a donc, en somme, les avantages pratiques, effectifs de la chose, alors que le nu propriétaire, pour le moment du moins, en est réduit à un *dominium* théorique.

III. L'usufruit porte sur la chose d'autrui, nécessairement et par définition même; il arrive cependant qu'il confère à un titulaire la propriété même des choses comprises dans son émolument; mais, en ce cas, il change de nom et de signification juridique; il devient un *quasi-usufruit*.

IV. L'usufruit est un droit *viager* : il prend fin, *au plus*

tard, au jour du décès du titulaire, auquel il ne saurait survivre. En ce sens, on le considère comme un *droit personnel*, on le qualifie de *servitude personnelle*. Mais ce langage doit être condamné comme susceptible de créer une confusion : il est toujours dangereux de qualifier de personnel un droit qui rentre dans la catégorie des *droits réels*.

Par ce dernier caractère, l'usufruit se différencie et de la propriété et de l'emphytéose et du droit du preneur, toutes prérogatives dont la durée n'est pas nécessairement limitée à la vie du titulaire.

1858. Fonction et avantages de l'usufruit. — Ce caractère viager — donc temporaire — de l'usufruit, lui imprime, nous le verrons, une existence particulièrement fragile; en revanche, il lui confère une souplesse très grande; il le rend apte à réaliser les libéralités temporaires, dont on veut limiter les effets à la vie du gratifié. Un père de famille va pouvoir, en consentant à sa femme un legs en usufruit, assurer son existence dans l'aisance et dans la dignité, sans pour cela compromettre les droits de sa descendance; la veuve jouira, sa vie durant, des biens grevés d'usufruit en sa faveur; mais ces biens ne sortiront pas un seul moment de la famille paternelle, et, au décès de l'usufruitière, la nue propriété, qui était demeurée dans le patrimoine des enfants, aura la puissance d'attirer à elle l'usufruit, alors éteint de plein droit, en sorte que la pleine propriété se trouvera reconstituée sur la tête des enfants. L'usufruit se prête donc merveilleusement, par sa fragilité même et par sa malléabilité, aux *dispositions de dernière volonté*, et c'est bien, en effet, pour donner satisfaction aux intentions des testateurs qu'il a vraisemblablement été imaginé par les prudents, au temps de la République romaine : en fait, il est constitué à titre gratuit bien plus fréquemment qu'à titre onéreux.

Car les mêmes raisons qui en font un utile instrument de libéralité le rendent impropre aux transactions onéreuses qui revêtent, de ce chef, un *caractère aléatoire*. Lorsqu'un usufruit est constitué sur un immeuble moyennant le versement d'un capital, on ne sait pas originairement qui, des deux contractants, aura conclu une affaire avantageuse : ce sera le nu propriétaire si l'usufruitier décède prématurément; ce sera, au contraire, ce dernier, s'il parvient à un âge avancé. La nue propriété et l'usufruit sont *deux valeurs complémentaires*, dans tous les cas; si l'une vaut un tiers de la pleine propriété, l'autre est fatalement égale aux deux autres tiers. Seulement, il est impossible de pousser plus loin la précision, de la faire passer dans des chiffres; pour

en arriver là, il faudrait pouvoir fixer un terme à la vie de l'usufruitier, ce qui est de toute impossibilité. Les contrats portant sur un usufruit ne sont donc jamais commutatifs, même lorsqu'ils contiennent l'apposition d'un terme; à l'exemple de ceux qui sont constitutifs d'une rente viagère, ils ont un caractère aléatoire pour les deux parties.

1859. Evaluation de l'usufruit. — On a cependant tenté d'évaluer l'usufruit, et, du même coup, son complément, la nue propriété; mais les dispositions contenues dans la loi n'ont qu'une valeur *fiscale*; elles sont destinées à l'établissement des droits d'enregistrement exigibles à raison de l'établissement de l'usufruit; elles sont sans valeur obligatoire en droit civil; le juge n'en tient compte qu'à titre de renseignement. La loi du 11 brumaire, an VII, avait fixé la valeur de l'usufruit, *indistinctement*, à la moitié de la valeur de la pleine propriété; le procédé manquait vraiment par trop de souplesse et d'exactitude. La loi de finances du 25 février 1901 (art. 13—2°), a adopté une échelle plus compliquée, mais plus voisine de la réalité : si l'usufruitier a moins de vingt ans révolus, l'usufruit est estimé aux sept dixièmes de la pleine propriété; au-dessus de cet âge, la proportion est diminuée pour l'usufruit et augmentée pour la nue propriété d'un dixième pour chaque période décennale; lorsque l'usufruitier a atteint l'âge de soixante-dix ans révolus, le rapport est fixé définitivement à un dixième pour l'usufruit et à neuf dixièmes pour la nue propriété. Ceci pour l'usufruit *viager*; quant à l'usufruit constitué pour une durée *fixe*, il est estimé fiscalement aux deux dixièmes de la valeur de la propriété entière pour chaque période de dix ans de la durée de l'usufruit, sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier (même art. 13, § 4; Cpr. trib. civ. Laval, 16 mars 1928, *D. P.*, 1931, 2, 73, note Jeanne Vandamme), mais étant entendu que ce dernier mode de calcul ne saurait aboutir à conférer à l'usufruit à terme une valeur supérieure à celle de l'usufruit constitué sans limitation de durée (Ch. réun., 16 juin 1933, *D. H.*, 1933, 393).

1860. Plan. — Nous étudierons :
1° Les *modes de constitution* de l'usufruit;
2° Les *situations* de l'usufruitier et du nu propriétaire;
3° Les *modes d'extinction* de l'usufruit.

SECTION I. — MODES DE CONSTITUTION DE L'USUFRUIT

1861. Notions générales et préliminaires. — Objet de l'usufruit. — L'usufruit peut porter en principe sur toutes sortes de biens; d'autre part, et suivant l'étendue de la vocation de l'usufruitier, il est *à titre particulier* ou à *titre universel* ou *universel*.

1862. I. Biens susceptibles d'usufruit. — L'usufruit « *peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles* » (art. 581). Il n'y a donc à distinguer, ni entre les meubles et les immeubles, ni entre les choses et les biens incorporels : les droits eux-mêmes comportent l'usufruit qui peut affecter des *créances*, des *valeurs de bourse*, des *fonds de commerce* et jusqu'à l'*usufruit* lui-même.

1863. Choses consomptibles; quasi-usufruit. — Il est cependant des biens qui répugnent, par leur nature spécifique même, à l'établissement d'un usufruit véritable : ce sont les choses qui se consomment par le premier usage et que, pour cette raison, on appelle *consomptibles*. Par définition même, l'usufruitier ne doit pas consommer les choses sur lesquelles porte son droit; il peut *uti* et *frui*; l'*abusus*, le droit de disposition, de consommation, ne lui appartient pas; il est tenu à restituer les choses mêmes qui lui ont été livrées, dans leur identique individualité. On ne conçoit donc pas l'établissement d'un usufruit sur des choses dont on ne peut se servir sans les consommer, matériellement ou juridiquement : des *denrées*, des *munitions*, de la *monnaie*; en ce qui concerne de tels biens, ou l'usufruitier ne s'en servirait pas, ce qui serait la négation même de son droit; ou, s'il s'en servait, il les consommerait et se mettrait dans l'impossibilité de les restituer. Aussi, dans la pure doctrine du droit romain primitif, ces choses étaient-elles absolument, irrémédiablement réfractaires à l'usufruit.

Par la suite, au début de l'Empire, sous Claude ou sous Tibère, un sénatus-consulte vint donner au legs d'usufruit portant sur de telles choses une signification juridique et pratique; sans doute, il ne fit pas de ce légataire un usufruitier proprement dit; la raison, plus puissante que les pouvoirs publics, s'y opposait; mais il en fit *comme un usufruitier*, il le déclara *quasi-usufruitier*, c'est-à-dire *propriétaire avec charge de rendre*, à l'expiration du quasi-usufruit, soit des choses de même qualité et en même quantité, soit une somme d'argent représentative de leur valeur; en sorte qu'ici, le nu propriétaire cesse d'être un proprié-

taire pour devenir un simple créancier du quasi-usufruitier, lequel, étant propriétaire, peut disposer à sa guise des choses qui lui ont été remises, en les consommant ou en les aliénant.

Le quasi-usufruit, inventé à Rome, a passé dans notre droit : article 587. Il est plus fréquent qu'on ne pourrait d'abord le supposer, surtout à l'état d'accessoire d'un usufruit plus compréhensif : lorsqu'un testateur a légué à une personne l'usufruit de tous ses biens, cet usufruit se façonne en quasi-usufruit dans la mesure où il affecte des choses consomptibles.

1864. II. Etendue variable de la vocation de l'usufruitier. — L'usufruit peut affecter un ou plusieurs biens individuellement désignés; il est alors *à titre particulier*. A l'inverse, il peut être établi sur l'ensemble d'un patrimoine, et il est alors *universel*; enfin, éventualité intermédiaire, il arrive qu'il soit constitué sur une fraction d'un patrimoine : la moitié, le quart, le dixième; il est alors *à titre universel*.

La distinction est intéressante, surtout en ce qui concerne *l'obligation aux dettes*; l'usufruitier à titre particulier n'est jamais tenu des dettes grevant le patrimoine dont le bien fait partie, pour la propriété; mais les usufruitiers universels ou à titre universel contribuent au paiement du passif selon des règles écrites dans les articles 611 et 612 (*inf.*, n^os^ 1914 et suiv.).

1865. Plan. — Ces notions générales exposées, nous allons étudier les règles particulières aux différents modes d'établissement de l'usufruit, lequel peut être constitué :

1° Par la *volonté de l'homme*;
2° Par la *prescription*;
3° Par la *loi*.

§ I. — CONSTITUTION DE L'USUFRUIT PAR LA VOLONTÉ DE L'HOMME

1866. Contrat ou testament. — La volonté du constituant peut prendre corps soit dans un acte entre vifs, un contrat, soit dans un testament, et alors elle revêt la forme d'un *legs*.

1° *Entre vifs*, le contrat constitutif est ordinairement un acte à titre gratuit, une donation : comme nous l'avons montré, l'usufruit, droit viager, se plie difficilement aux convenances d'une opération à titre onéreux à laquelle il imprimerait un caractère aléatoire : les *ventes* d'usufruit

sont rares. Mais il est un autre acte à titre onéreux dans lequel la constitution d'usufruit trouve place assez volontiers, et c'est le *partage* : on voit parfois, dans un partage entre enfants et le survivant des parents, intervenir un arrangement qui attribue aux enfants la propriété de tous les biens héréditaires, mais en laissant au survivant une part considérable en usufruit;

2° *A cause de mort*, l'usufruit est établi par une clause figurant dans un testament; c'est l'éventualité la plus fréquente, et c'est ordinairement au profit du conjoint survivant que la disposition est écrite.

1867. Règles communes aux deux procédés de constitution par contrat et par testament.

1° L'usufruit, établi par la volonté de l'homme, peut être affecté d'un *terme* ou d'une *condition* (art. 580);

2° En toute occurrence, il exige une certaine *capacité* : chez le constituant, la capacité d'aliéner, chez l'usufruitier celle d'acquérir;

3° Dans l'un et l'autre cas, il peut être établi soit directement, *per translationem*, au profit d'une personne qui n'avait pas jusque-là la jouissance de la chose, soit indirectement, *per deductionem*, en faveur de celui qui jouissait auparavant du bien *en tant que propriétaire* : Primus, propriétaire d'une maison, la donne à Secundus en s'en réservant l'usufruit. Celui-ci n'est pas déplacé; il est retenu; Primus, qui avait la jouissance de la chose en tant que propriétaire, l'exercera désormais en qualité d'usufruitier. De même, Primus peut, dans son testament, soit léguer l'usufruit à Tertius, en sorte que l'héritier Secundus ait la nue propriété (c'est le procédé *per translationem*), soit léguer la chose à Tertius avec réserve de l'usufruit au profit de l'héritier (c'est le procédé de constitution *per deductionem*);

4° En toute éventualité, le but poursuivi n'est atteint qu'autant que la constitution émane du *propriétaire* de la chose; *l'usufruit de la chose d'autrui* ne vaut pas mieux que l'aliénation de la chose d'autrui.

1868. Publicité de l'acte constitutif d'usufruit; TRANSCRIPTION. — La constitution d'usufruit est-elle opposable aux tiers, même occulte? Ou bien est-elle, vis-à-vis du public, sujette à publicité?

1° Il faut mettre de côté le cas où l'usufruit est établi sur des *biens mobiliers*; suivant des principes précédemment exposés, la loi n'exige alors aucune formalité particulière en vue d'assurer la publicité de la constitution (*sup.*, n^{os} 1699

et 1753). Cependant, la constitution d'un usufruit sur un *navire*, un *bateau de rivière* ou un *aéronef*, est soumise aux mêmes formalités de publicité que l'acte translatif de propriété de ces mêmes biens (*sup.*, n° 1755);

2° Lorsque l'usufruit porte sur un *immeuble*, trois éventualités sont à distinguer :

a) L'établissement de l'usufruit *mortis causa*, qui échappait, sous l'empire du texte initial de la loi du 23 mars 1855 comme sous celui du Code civil, à toute mesure de publicité, est sujet à transcription, depuis le 1er janvier 1936 et en vertu du décret-loi du 30 octobre 1935; comme pour l'acquisition d'un immeuble en pleine prospérité, l'écrit à transcrire est une attestation notariée; les règles applicables sont celles que nous avons exposées en traitant de la publicité des mutations de propriété immobilière (*sup.*, nos 1710 et s.); notamment, nous rappelons que le système ne fonctionne qu'en l'absence d'indivision; s'il y a plusieurs co-usufruitiers, la publicité sera réalisée par la seule transcription de l'acte du partage à intervenir (*sup.*, n° 1716; art. 1er—6° de la loi du 23 mars 1855, nouv. réd.);

b) Si l'usufruit a été constitué *par donation entre vifs*, l'acte doit être transcrit en vertu de l'article 939, car l'usufruit immobilier est un bien *susceptible d'hypothèque*;

c) Si la constitution a lieu, entre vifs et *à titre onéreux*, la transcription est requise en vertu de l'article premier — 1° de la loi du 23 mars 1855.

Il faut ajouter que, depuis le décret-loi, les actes *déclaratifs* sont sujets à transcription, en tant qu'ils sont attributifs d'un usufruit immobilier comme lorsqu'ils intéressent la propriété même d'un immeuble (*sup.*, n° 1731); cette proposition est valable notamment pour le *partage* qui intercient entre co-usufruitiers d'un immeuble (art. 1er — 5°, nouv. réd. de la loi du 23 mars 1855).

Nous ne revenons pas sur les *intérêts* que présente la distinction des deux régimes de transcription, celui du Code civil et celui de la loi du 23 mars 1855 : le cercle des personnes qualifiées pour opposer le défaut de transcription est sensiblement plus étendu dans le système du Code civil que dans celui de la loi de 1885 (*Sup.*, nos 1734 et suiv.).

§ II. — ÉTABLISSEMENT DE L'USUFRUIT PAR LA PRESCRIPTION

1869. —Distinguons entre l'usucapion abrégée de dix à vingt ans et la prescription trentenaire du droit commun.

1° Bien que l'article 579, dans son énumération des modes

d'établissement de l'usufruit, ne fasse pas mention de la prescription, il est admis sans conteste que l'*usucapion de dix à vingt ans* trouve ici, à l'occasion, son emploi : celui qui est institué usufruitier par un *non dominus*, et qui a donc un *juste titre*, acquiert l'usufruit, si d'autre part, il a été de bonne foi, après une possession de dix à vingt ans; on applique alors, *mutatis mutandis*, les règles édictées pour l'acquisition de la propriété par l'effet de l'usucapion abrégée; la possession couvre le vice spécial, consistant dans le défaut de propriété chez l'auteur, aussi bien lorsque l'acte émané *a non domino* était prétendument constitutif d'un droit réel immobilier tel que l'usufruit, que s'il avait tendu à un transfert de propriété. La doctrine est constante en ce sens;

2° En revanche, on dit volontiers que la *prescription trentenaire du droit commun* est sans application possible en matière d'usufruit, du moins si on l'envisage sous son aspect dit acquisitif : en effet, lorsqu'un individu aura possédé une chose pendant trente années, il ne sera pas assez naïf pour spécifier qu'il s'est comporté seulement en tant qu'usufruitier; c'est d'une possession à titre de propriétaire qu'il se réclamera; après ce délai, il sera devenu, non pas seulement usufruitier, mais propriétaire, et plein propriétaire du bien dont s'agit.

Ce raisonnement n'est que partiellement exact; on peut supposer que le possesseur est muni d'un titre, prétendument constitutif d'usufruit et qui vient donc préciser la situation qu'il occupe par rapport à la chose; si, d'autre part, il était de mauvaise foi lors de l'acte, s'il savait traiter avec un *non dominus*, l'usucapion abrégée ne lui sera pas ouverte, mais il aura la ressource de la prescription trentenaire que l'on qualifiera alors d'acquisitive et qui, pour une fois, méritera cette appellation, sous le bénéfice cependant de cette réserve qu'elle ne joue qu'un rôle d'appoint, puisqu'elle suppose, en fait, l'existence d'un titre en l'absence duquel elle accomplirait sa mission normale de mode de preuve de la propriété (*Sup.*, n° 1771).

§ III. CONSTITUTION DE L'USUFRUIT PAR LA LOI ELLE-MÊME : *USUFRUITS LÉGAUX*

1870. — Il existe des usufruits qui naissent de par la volonté légale, qui ont leur source dans un texte de loi; nous en distinguerons deux catégories :

1° Il est des usufruits légaux qui présentent cette double particularité d'être *hors du commerce* — ils sont incessibles

et insaisissables — et de représenter la *contre-partie de charges incombant au titulaire*; ce sont :

a) Le droit de *jouissance légale* que l'article 384 confère aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans (*Sup.*, n[os] 1103 et suiv.);

b) Le droit de jouissance que la loi reconnaît, sous certains régimes matrimoniaux, au mari ou à la communauté, sur les biens de la femme. C'est ainsi que, sous le régime légal et sous le régime sans communauté, le mari perçoit les revenus des biens appartenant en propre à sa femme.

Il s'agit là d'usufruits de nature spéciale que l'on désigne ordinairement, pour les distinguer de l'usufruit proprement dit, sous le nom de *droits de jouissance*.

1871. — 2° Il est des usufruits légaux qui présentent les caractères de l'usufruit du droit commun et qui sont d'ailleurs des *usufruits successoraux*; ce sont :

a) L'usufruit *successoral* accordé au survivant des père et mère qui se trouve de concourir, pour la succession de ses enfants, avec des collatéraux ordinaires de l'autre ligne : la loi lui accorde en ce cas l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété (art. 754);

b) L'usufruit *successoral*, d'un caractère plus général, accordé au conjoint survivant sur les biens ou sur une partie des biens du prédécédé (art. 767, modif. par les lois du 9 mars 1891, du 29 avril 1925 et du 3 décembre 1930);

c) La *réserve en usufruit* accordée, par la loi du 3 décembre 1930 (art. 1094, § 1, nouv. réd.), aux ascendants en concours avec le conjoint survivant (*inf.*, t. III, n° 1827*bis*);

d) L'usufruit *successoral*, à objet limité, que la loi du 14 juillet 1866 accorde, dans son article 1[er], au conjoint survivant sur les œuvres littéraires ou artistiques du prédécédé;

e) La loi du 25 mars 1873, article 13, accorde au conjoint du *déporté* qui a suivi celui-ci dans le lieu de la déportation, un droit de succession sur les terres concédées au condamné par l'administration; en cas d'existence de descendants, ce droit est fixé à un tiers en usufruit.

L'usufruit légal successoral (et non pas les simples droits de jouissance) est sujet à *transcription*, dans les termes de l'article 1[er] — 6° de la loi du 23 mars 1855, modifié par l'article 1[er] du décret-loi du 30 octobre 1935, donc seulement dans le cas, assez rare, où le bénéficiaire est *seul héritier*; s'il y a pludralité de successeurs, c'est l'acte de partage qui devra être transcrit, par application de l'article 1[er] — 5° de la même loi (V. *sup.*, n° 1716), à supposer, bien entendu, qu'il y ait possibilité de partage, donc indivision entre les ayants droit.

SECTION II. — LES SITUATIONS DE L'USUFRUITIER ET DU NU PROPRIÉTAIRE

1872. Directive. — Dans la pure tradition, le nu propriétaire et l'usufruitier sont traités comme les titulaires de deux droits réels différents et indépendants entre lesquels n'existent ni rapports obligatoires, ni communauté d'intérêts; « chacun pour soi, dans la limite de ses droits », telle est la formule qui rend assez fidèlement compte du point de vue romain en pareille matière; nue propriété et usufruit vivent d'une vie propre et indépendante et se réalisent dans des sphères distinctes; il n'existe entre leurs titulaires ni société, ni communauté, ni indivision; ce sont des souverains indépendants qui, pourvu qu'ils se confinent dans leurs domaines respectifs, n'ont à supporter aucun contrôle, aucune limitation réciproques; ce sont des *tiers*, l'un par rapport à l'autre, et à l'état permanent.

1873. Critique. — Cette conception traditionnelle ne saurait être retenue à la lettre et il faut se garder de la pousser jusqu'à ses extrêmes conséquences, c'est-à-dire jusqu'à l'absurde. Malgré tout, les droits du nu propriétaire et de l'usufruitier portent sur une même chose; de plus, ils se complètent, donc se limitent l'un l'autre; ils sont *complémentaires*; enfin, un jour arrivera où l'un d'eux prendra fin et où l'autre retrouvera ainsi la plénitude qu'il avait momentanément perdue. Il y a là des particularités qui impliquent entre les deux titulaires des rapports obligatoires.

1° En effet, le préteur romain lui-même avait imposé à l'usufruitier, par le jeu d'une *cautio usufructuaria*, l'obligation de jouir de la chose en bon père de famille et celle de la restituer à l'échéance; dans notre droit, les devoirs qui incombent à l'usufruitier vis-à-vis du nu propriétaire sont, comme nous le verrons, extrêmement nombreux et importants;

2° De son côté, le nu propriétaire est tenu, dans notre droit, de certaines obligations, les unes écrites dans la loi, les autres controversées;

3° On admet que l'usufruitier représente le propriétaire dans une certaine mesure, pour les *actes conservatoires*, tels qu'une inscription d'hypothèque ou un acte interruptif de prescription;

4° Lorsque l'usufruit a été établi par la volonté de l'homme, par exemple par contrat, il est bien évident que

l'acte constitutif établit entre les parties des rapports obligatoires plus ou moins nombreux.

1874. — En résumé, une obligation générale pèse sur le nu propriétaire et sur l'usufruitier, qui a pour objet d'assurer le respect réciproque de leurs droits complémentaires et différents en en traçant les limites; cette obligation générale se fragmente en une foule d'obligations secondaires qui tendent, sans doute, à assurer la libre pratique des deux droits, mais qui constituent, dans leur ensemble, une réglementation, un *modus vivendi*; les points de contact n'existent qu'en vue de donner à chacun la part qui lui revient, afin de réaliser une exacte justice distributive, mais ce sont tout de même des points de contact. Nue propriété et usufruit sont comme deux puissances indépendantes et voisines entre lesquelles des liens de droits, tout un réseau obligatoire, sont établis pour définir et pour assurer leur indépendance : c'est ce réseau obligatoire que nous étudions maintenant.

1875. Plan. — Nous examinerons la situation respective du nu propriétaire et de l'usufruitier :

1° *Au début*, avant l'entrée en jouissance de l'usufruitier;
2° *Pendant la jouissance* de l'usufruitier;
3° *Après l'extinction* de l'usufruit.

§ I. — SITUATION RESPECTIVE AU DÉBUT AVANT L'ENTRÉE EN JOUISSANCE DE L'USUFRUITIER

1876. Actions qui appartiennent à l'usufruitier. — L'usufruitier peut exiger la remise, la *délivrance* des choses soumises à sa jouissance. Il est muni, à cet effet, et de l'action *confessoire*, sanction de son droit réel, qu'il peut exercer contre quiconque et notamment contre le nu propriétaire, et d'une action *personnelle en délivrance* qui dérive du titre constitutif d'usufruit : contrat, testament, texte de loi.

Dans tous les cas, il ne saurait exiger que les choses lui soient remises en bon état; il les prend « *dans l'état où elles sont* » (art. 600); en cela, sa situation est inférieure à celle du preneur (art. 1720, § 1), et fort logiquement : à la différence du bailleur qui s'engage à assurer la jouissance de la chose au preneur, le nu propriétaire se contente de démembrer sa propriété; il n'est pas davantage tenu de procéder à des réparations que s'il cédait sa propriété même; comme

un vendeur ou un donateur, il livre la chose telle quelle existe, sans plus.

1877. Obligations préalables de l'usufruitier. — Avant même que d'entrer en possession, l'usufruitier doit s'acquitter de deux obligations préalables :

1° Il doit faire dresser un *inventaire* du mobilier et un *état* des immeubles (art. 600) ;

2° Il doit donner *caution* (art. 601).

1878. But et nature de ces formalités. — Elles sont exigées dans l'intérêt du propriétaire afin d'assurer l'exécution exacte de l'obligation de restitution qui pèse éventuellement sur l'usufruitier. Au jour du règlement de compte, deux dangers sont à redouter pour le nu propriétaire redevenu plein propriétaire et créancier de la restitution de son bien : la *mauvaise foi* de l'usufruitier et son *insolvabilité*.

1° La *mauvaise foi* de l'usufruitier qui niera avoir reçu jadis certains objets ou qui prétendra les avoir reçus en mauvais état, détériorés. C'est pour prévenir ce péril que la loi lui impose l'obligation de faire dresser, avant même son entrée en jouissance, inventaire des meubles et état des immeubles; de cette façon, on saura exactement ce qu'il a reçu autrefois, donc ce qu'il doit restituer aujourd'hui.

Ces deux actes doivent être dressés en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé (art. 600); les *frais* en incombent à l'usufruitier, puisque c'est à lui que la loi fait une obligation d'assurer la rédaction de ces actes. En principe, ils peuvent être rédigés à l'amiable et sans frais; mais, si l'une des parties est mineure ou interdite, il est de tradition constante que *la forme notariée* devient indispensable : solution de droit coutumier et non de droit écrit.

On trouve dans l'*inventaire* une *énumération*, une *description* et aussi généralement une *estimation des meubles* : l'estimation est indispensable au cas de quasi-usufruit; c'est elle qui détermine le montant de la somme dont le quasi-usufruitier est redevable envers le constituant; mais, en principe, l'*estimation ne vaut pas vente*, c'est-à-dire qu'elle ne suffit pas, par elle-même, à transférer la propriété des biens à l'usufruitier, à transformer l'usufruit en quasi-usufruit; ceci, sauf intention contraire des parties (Req., 14 déc. 1842; *S.*, 1843, 1, 22).

L'*état* indique la *consistance* des immeubles, leur *configuration matérielle* et l'*état* dans lequel ils se trouvent, mais sans estimation.

1879. — 2° Il faut envisager aussi l'*insolvabilité* de l'usufruitier qui aura peut-être détérioré les biens, qui aura pu commettre des abus de toute sorte et dont il importe que la responsabilité soit effective. C'est dans ce but que la loi lui impose l'obligation de fournir *caution de jouir en bon père de famille*, c'est-à-dire de présenter au propriétaire une personne qui garantira personnellement l'exécution de cette obligation fondamentale et contre laquelle le propriétaire aura un recours si l'usufruitier y contrevient et si, d'autre part, il n'est point solvable.

Il est admis qu'il pourrait, au lieu de donner caution, fournir au propriétaire une sûreté au moins équivalente : *engagement* de meubles ou *hypothèque* sur un immeuble. (L'art. 2041 fournit en ce sens un argument très fort. Voy. Civ., 9 août 1882, *S.*, 1882, 1, 457, *D. P.*, 1883, 1, 220; Civ., 3 fév. 1897, *S.*, 1897, 1, 137; *D. P.*, 1897, 1, 601, note Planiol), ou encore *conversion* de titres au porteur en titres nominatifs, immatriculés, pour la propriété au nom du nu propriétaire, pour l'usufruit au nom de l'usufruitier (Civ., 7 déc. 1891, *S.*, 1892, 1, 353, note Wahl; 6 mai 1907, *S.*, 1908, 1, 8; *D. P.*, 1911, 1, 142).

1880. Sanctions. — A supposer que l'usufruitier ne satisfasse pas aux obligations préalables qui lui sont imposées par la loi, différentes sanctions lui sont infligées, ou peuvent l'être, qu'il convient de préciser.

Certainement, le propriétaire peut *retenir* les biens, se refuser à leur délivrance; l'article 600 lui confère nettement cette faculté au cas de défaut d'inventaire ou d'état, et la jurisprudence applique la même sanction en cas de retard de l'usufruitier à donner caution (Req., 22 janv. 1878, *S.*, 1878, 1, 216; *D. P.*, 1878, 1, 316).

On peut considérer comme certain aussi que le défaut d'accomplissement des formalités prescrites n'entraîne pas, contre l'usufruitier en faute, la déchéance de son droit d'usufruit (Req., 17 juill. 1861, *D. P.*, 1861, 1, 480; Pau, 28 mars 1887, *S.*, 1888, 2, 117; *D. P.*, 1887, 2, 166).

Ce n'est pas à dire que le propriétaire soit désarmé si, d'aventure, il s'est dessaisi des biens et s'il a ainsi suivi la foi de l'usufruitier avant que celui-ci n'eût accompli les obligations préalables qui lui incombaient.

1° A défaut d'*inventaire*, il sera admis, *à la fin de l'usufruit*, à faire la preuve de la consistance et de la valeur du mobilier *par tous les moyens possibles*, par témoins et même par la commune renommée (Pau, 28 mars 1887, précité); et, à défaut d'*état*, il sera présumé avoir livré les immeubles en

bon état d'entretien : sanction éventuelle, sans doute, mais redoutable; la preuve écrite, préconstituée, sera suppléée par des facilités de preuve exceptionnelles qui joueront au profit du propriétaire et contre l'usufruitier négligent;

2° Si l'usufruitier n'offre ni *caution* ni garanties équivalentes, des mesures sont prises afin de sauvegarder les droits du propriétaire, tout en permettant à l'usufruitier de jouir des choses qui lui ont été ou qui lui seront remises; les sommes liquides sont placées, de même que celles qui proviendront de la vente des denrées, l'usufruitier ayant droit alors aux seuls intérêts; les immeubles sont donnés à ferme ou confiés à un *séquestre*, c'est-à-dire à un gardien qui les administrera et qui rendra compte des revenus (art. 1956); quant aux meubles non consomptibles, le propriétaire peut exiger, s'ils sont sujets à dépérir par l'usage, qu'ils soient eux-mêmes vendus pour le prix en être placé comme celui des denrées, sauf cependant le droit, pour l'usufruitier, de demander au tribunal qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée « *sous sa simple caution juratoire* », c'est-à-dire sous sa promesse personnelle de les conserver et de les rendre (art. 602 et 603).

Telles sont les seules sanctions édictées par la loi : 1° Si l'usufruitier n'est pas encore en possession, c'est le *refus de livraison* qui lui sera opposé par le propriétaire; 2° dans le cas contraire, c'est, pour le défaut d'inventaire ou d'état, la *preuve par tous moyens*, réservée au propriétaire; pour le défaut de caution, l'*aménagement du système* institué dans les articles 602 et 603.

On pourrait songer à une autre sanction qui consisterait dans *la perte définitive des fruits*, pour l'usufruitier, en ce qui concerne la période antérieure à l'exécution des obligations préalables. Mais cette pénalité est formellement écartée par l'article 604 pour le retard de donner caution, et on s'accorde généralement à l'écarter également, comme rigoureuse à l'excès, pour le défaut d'inventaire ou d'état : l'usufruitier a droit, de toute façon, aux fruits, dès le jour de la constitution de l'usufruit (art. 578 et suiv.); cette prérogative essentielle ne saurait être compromise à titre définitif et fût-ce partiellement, par un simple retard dans l'accomplissement d'une formalité.

1881. Dispenses.

A. La *dispense* de faire dresser *inventaire et état* n'est jamais accordée par la loi elle-même; elle ne peut résulter que d'une clause écrite dans le titre constitutif d'usufruit, clause valable, mais *à portée très limitée* : elle doit s'entendre

uniquement dans le sens d'une *dispense des frais*; en effet, on ne saurait songer à enlever au nu propriétaire le droit de se réserver une preuve préconstituée; ce serait le mettre à la merci de l'usufruitier. Il pourra donc, s'il le juge prudent, faire dresser inventaire et état; mais les frais dérivant de cette initiative resteront alors à sa charge; d'autre part, il semble juste de décider que, s'il ne prend pas cette précaution, la preuve par commune renommée lui sera fermée; elle constitue, en effet, une pénalité à l'encontre de l'usufruitier; elle implique donc une faute par lui commise et qu'on ne retrouve pas du moment qu'il bénéficiait d'une dispense d'inventaire.

Cette dispense doit résulter, sinon expressément, du moins *clairement*, de l'acte constitutif, de l'ensemble de ses clauses; elle ne saurait s'induire de telle ou telle autre clause (Civ., 10 janv. 1859, S., 1859, 1, 225; *D. P.*, 1859, 1, 71).

1882. — B. *Les dispenses de fournir caution* obéissent à des règles différentes : d'abord, elles sont édictées soit par l'acte constitutif, soit aussi par la loi; d'autre part, leur efficacité est plus complète.

1° La dispense peut émaner tant de la *loi* que du *titre constitutif*;

a) *Dispenses légales.* — 1. Au profit des *père et mère* ayant la jouissance légale des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans (art. 601);

2° Au profit du mari à qui la jouissance des biens de la femme ou de la communauté est attribuée sous certains régimes (art. 1550 pour le régime dotal);

b) *Dispense accordée par le constituant.* — Le constituant peut dispenser l'usufruitier de fournir caution (art. 601). La dispense doit résulter *clairement* de l'acte, soit d'une clause expresse, soit de l'ensemble des dispositions (Req., 28 oct. 1889, *S.*, 1890, 1, 53; *D. P.*, 1890, 1, 67; Chambéry, 30 juill. 1894, *D. P.*, 1896, 2, 285); il est même un cas où la loi l'admet par interprétation de la volonté probable du constituant; c'est celui où l'usufruit a été établi *per deductionem*; aux termes de l'article 601, le *vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit* ne sont pas tenus de donner caution; on considère que ce sont eux qui ont posé les conditions de l'opération et qu'ils ont dû vouloir s'épargner la prestation d'une caution; l'acquéreur savait avec qui il traitait; il aurait pu demander des garanties par une clause qui aurait fait partie intégrante de l'opération; s'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a eu confiance dans son auteur; il est d'ailleurs à remarquer que celui-ci, en tant qu'usufruitier, ne succède

pas à l'acquéreur de la nue propriété; il se succède à lui-même, ou plutôt il conserve, à titre *formel*, la jouissance qui lui appartenait jusque-là à titre *causal*, en tant qu'attribut de la pleine propriété.

1883. — 2° La dispense de fournir caution a *plus d'efficacité* que la dispense de faire inventaire : elle s'exécute à la lettre; l'usufruitier entre en jouissance sans avoir à fournir aucune garantie, alors même que, parmi les objets qui lui sont remis, figureraient des choses périssables ou consomptibles et que l'usufruit se résoudrait donc, pour partie, en un quasi-usufruit; et quand bien même l'usufruitier aurait des habitudes de dissipation notoires (Req., 19 déc. 1905, *S.*, 1906, 1, 1888). Aucune mesure préventive et initiale n'est exigible (Civ., 11 juill. 1888, et Req., 26 mars 1889, *D. P.*, 1889, 1, 463; Civ., 7 déc. 1891, *S.*, 1892, 1, 353, note Wahl, *D. P.*, 1892, 1, 68). Mais des mesures conservatoires peuvent être ordonnées, en cours d'usufruit, lorsque l'expérience a prouvé les dangers de la dispense de caution; notamment, la jurisprudence admet que les tribunaux peuvent imposer alors à l'usufruitier l'obligation de donner caution (Req., 26 mars 1889, précité; 22 oct. 1889, *S.*, 1890, 1, 53, *D. P.*, 1890, 1, 82).

1884. Biens faisant partie de la réserve d'un héritier. — Notre jurisprudence admet — mais cette solution est très contestable — que la dispense de fournir caution sort son effet, même au regard des biens compris, pour la nue propriété, dans la réserve héréditaire du nu propriétaire, en sorte que cette réserve risque d'être entamée ultérieurement à raison de l'insolvabilité de l'usufruitier (Civ., 5 juill. 1876, *D. P.*, 1877, 1, 277).

§ II. — SITUATIONS RESPECTIVES DU NU PROPRIÉTAIRE ET DE L'USUFRUITIER AU COURS DE LA JOUISSANCE DE CELUI-CI

1885. — Nous étudierons successivement la situation du nu propriétaire, puis celle de l'usufruitier, en précisant les droits qui leur appartiennent et les obligations qui leur incombent.

I. *Situation du nu propriétaire*
Ses droits et ses obligations

1886. Directives. — Comme nous l'avons noté, le nu propriétaire a un droit réel distinct et, *en principe*, *indépendant* de celui de l'usufruitier (*Sup.*, n° 1872).

D'autre part, il faut comprendre qu'il ne saurait, par ses actes, par sa conduite, porter atteinte aux droits et aux intérêts de l'usufruitier, puisqu'il n'est pas en contact avec la chose, puisqu'il est réduit à un *titre nu*.

1887. Conséquences. — De ces prémisses, on déduit traditionnellement les conséquences suivantes :

I. Le nu propriétaire conserve les actions et les droits qui sont inhérents à son titre, qui en constituent la sanction nécessaire, à savoir :

1° La *revendication*;

2° Les actions *possessoires*, car c'est lui qui possède toujours la chose.

Seulement, il ne peut pas exercer ces actions contre l'usufruitier en cours d'usufruit, car il doit respecter les prérogatives afférentes au démembrement de la propriété;

3° Mais d'autres droits lui appartiennent qu'il peut faire valoir contre l'usufruitier, et qui tous se rattachent à la *conservation* de la chose; il lui appartient de sauvegarder l'avenir puisqu'un jour viendra où la pleine propriété se reconstituera sur sa tête ou sur celle de son héritier. En conséquence :

a) Il peut accomplir les *actes matériels* nécessaires à cette conservation : *grosses réparations*, *reconstruction* d'un bâtiment détruit par un incendie ou de toute autre manière accidentelle, et cela sans que l'usufruitier puisse prétendre à aucune indemnité pour privation de jouissance;

b) Il peut agir contre l'usufruitier du moment que celui-ci outrepasse ses droits et compromet l'avenir, c'est-à-dire l'exécution de son obligation de restituer; soit qu'il commette des *abus de jouissance* (*Inf.* n° 1941, soit qu'il se rende coupable de *malversations*, soit encore qu'il devienne *insolvable*; les mesures à prendre varieront alors suivant les cas, depuis des mesures conservatoires jusqu'à la déchéance de l'usufruit.

II. Les actes accomplis par le nu propriétaire n'ont, en principe, aucune répercussion, avantageuse ou défavorable, sur l'usufruitier : le nu propriétaire peut vendre ou donner sa nue propriété, ou l'hypothéquer; ces actes sont valables, mais l'usufruitier continuera à jouir de la chose ainsi qu'auparavant.

A l'inverse, l'assurance contre l'incendie contractée par le propriétaire *en son unique nom personnel*, est sans effet à l'égard de l'usufruitier qui, en cas de sinistre, sera sans qualité pour agir contre l'assureur; il n'en irait autrement que si le souscripteur de l'assurance avait déclaré *stipuler pour*

l'usufrutier; il y aurait alors *stipulation pour autrui* donnant naissance à une action au profit du tiers, c'est-à-dire au profit de l'usufruitier.

1888. Actes antérieurs à l'établissement de l'usufruit. — Il va sans dire que ces actes, à la différence des précédents, s'imposent absolument à l'usufruitier qui doit notamment respecter les *baux* antérieurement consentis par le propriétaire, pourvu qu'ils aient acquis *date certaine* avant le moment où l'usufruit s'est ouvert ou, s'ils dépassent *dix-huit ans*, qu'ils aient été *transcrits* avant le jour où l'usufruit est devenu lui-même opposable aux tiers, ceci à peine de réduction à une durée de dix-huit ans (L. 23 mars 1855, art. 2 — 4° et art. 3, § 2).

1889. — III. Le nu propriétaire n'est astreint à aucune obligation positive vis-à-vis de l'usufruitier; il est bien tenu *ut patiatur*, mais non *ut faciat*; il doit laisser faire, et c'est tout; il « *ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier* » (art. 599, § 1) : on lui demande seulement l'*abstention*. Mais ce n'est là qu'un principe contre l'application absolue duquel nous avons déjà mis en garde (*Sup.* n° 1873), et dont on a une tendance à abuser véritablement. Dans la réalité, diverses obligations *positives* sont susceptibles d'incomber au nu propriétaire dans ses rapports avec l'usufruitier.

1° Il en est qui découlent du titre constitutif plutôt que de l'usufruit lui-même; c'est ainsi que le nu propriétaire est tenu à *garantie* lorsque l'usufruit a été constitué à titre onéreux ou à titre de dot; en cas d'*éviction*, l'usufruitier lui demandera raison de ce déboire;

2° Lorsque des charges exceptionnelles sont imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, le nu propriétaire doit contribuer à leur acquittement (art. 609; *Inf.* n° 1910);

3° Si des dommages sont causés au fonds par le fait, même légitime, du nu propriétaire, la responsabilité de celui-ci est engagée vis-à-vis de l'usufruitier qui est en droit de lui demander une indemnité.

1890. — 4° A notre sentiment, le propriétaire est tenu de procéder aux *grosses réparations* devenues indispensables au cours de l'usufruit.

Mais, sur ce point, la jurisprudence et la plupart des auteurs sont fixés en sens contraire, la Cour de cassation ayant jugé que le nu propriétaire n'est jamais tenu de procéder

aux grosses réparations, même nécessaires, même urgentes et qu'il peut laisser s'effondrer un bâtiment, faute de soins, sans engager sa responsabilité vis-à-vis de l'usufruitier (Req. 10 déc. 1900, *D. P.* 1901, 1, 209, *S.* 1904, 1, 36; Paris, 27 juillet 1928, *D. P.* 1929, 2, 1, note L. Josserand, *S.* 1930, 2, 73, note Chavegrin).

Cette opinion, qui se fonde sur des arguments tirés de divers textes (art. 600, 607) et sur le principe que le nu propriétaire est tenu *ut patiatur*, non *ut faciat*, nous paraît constituer une erreur certaine.

a) Elle est condamnée par l'art. 605, § 2, aux termes duquel « *les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire* »; cette formule se retrouve dans d'autres textes (art. 655, 664, 1248); or, elle tend invariablement à *imposer* à la personne visée une *obligation stricte* et non pas seulement une simple faculté. D'ailleurs, l'art. 605, § 2, ne se contente pas de mettre les grosses réparations à la charge du propriétaire; il ajoute qu'exceptionnellement elles incombent à l'usufruitier lorsqu'elles sont occasionnées par un défaut d'entretien; or, nul doute que, dans cette partie finale, l'art 605 ne consacre une obligation pour l'usufruitier; il en doit évidemment aller de même, pour le propriétaire, en vertu du membre de phrase précédent : le principe, comme l'exception, doit consacrer une obligation;

b) Pothier enseignait que le nu propriétaire était tenu aux grosses réparations (*Traité de l'usufruit*, n° 246);

c) Ce système est le seul qui soit cohérent et qui ait une valeur économique : à l'usufruitier les réparations d'entretien, au nu propriétaire les grosses réparations, c'est le bon sens même; il est d'ailleurs fâcheux et il est injuste que le nu propriétaire puisse faire obstacle à la jouissance de l'usufruitier — indirectement sans doute et passivement, mais très effectivement — en laissant s'effondrer un bâtiment : ni la justice, ni l'intérêt général n'y trouvent leur compte.

Il est donc souhaitable qu'un changement de jurisprudence intervienne en ce sens le plus tôt possible; la thèse actuellement dominante est étayée sur des textes qui n'ont pas pour but de résoudre la question (articles précités), et elle fait un usage abusif de la règle d'après laquelle le nu propriétaire doit simplement laisser faire.

II. *Situation de l'usufruitier*
Ses droits et ses obligations

1891. Plan. — Nous étudierons :

1° La situation de l'usufruitier en tant que titulaire du droit réel d'usufruit;

2° Ses rapports avec le nu propriétaire.

1892. I. Situation de l'usufruitier en tant que titulaire du droit réel d'usufruitier.

Le droit réel d'usufruit comporte de nombreuses et importantes prérogatives;

1° L'*usage* de la chose;

2° La *jouissance*;

3° Le droit de procéder à *certains actes*, matériels ou juridiques;

4° L'*exercice de certaines actions*.

1893. A. Usage de la chose. — L'*usus* est très étendu; il comprend l'exercice des *servitudes* qui peuvent exister au profit du fonds (art. 597), ainsi que celui des droits de *chasse* et de *pêche*; il s'exerce même sur des choses susceptibles de se détériorer par l'usage (art. 589); quant aux choses consomptibles, on sait qu'elles font l'objet d'un *quasi-usufruit* : le quasi-usufruitier en devient propriétaire à charge de restitution.

1894. B. Jouissance. Droit aux fruits. — Le droit de jouissance, l'*usus fructus*, est l'attribut essentiel de l'usufruit (art. 578 et 582). L'usufruitier fait les *fruits* siens, mais non pas les *produits*; et on sait le sens de cette distinction, les fruits se caractérisant par leur *périodicité* et surtout par leur faculté de se détacher et de se reproduire sans diminution de la substance de la chose, au lieu que les produits ne présentent pas ce caractère de périodicité et d'aptitude à se renouveler; surtout, ils sont pris sur la substance de la chose; lorsqu'on les en sépare, elle perd une partie de sa valeur. Les fruits sont des revenus, tandis que les produits font figure de capitaux, et c'est pourquoi ils continuent d'appartenir au propriétaire encore que la chose ait été grevée d'usufruit.

1895. Distinction des fruits et des produits. — Cette distinction des fruits, qui appartiennent à l'usufruitier, et des produits, qui continuent à aller au nu propriétaire, n'est pas toujours d'une application facile; on doit tenir compte, pour la réaliser, de nombreux facteurs et notamment de la volonté de l'homme, de la destination par lui imprimée à la chose; les mêmes biens sont susceptibles de constituer, suivant l'angle sous lequel ils sont envisagés dans l'espèce, selon l'aménagement dont la chose d'où ils sortent a été l'objet de la part de son propriétaire, des revenus ou des capi-

taux, des fruits ou des produits; c'est la volonté humaine, ce sont les mobiles qui leur impriment leur physionomie juridique. Sans doute, il est des biens qui sont invariablement des fruits : tels les récoltes annuelles, les intérêts d'une créance, les loyers ou les fermages, les arrérages d'une rente (art. 588); le lait, la tonte et le croît du bétail, les bénéfices d'un fonds de commerce; mais il en est d'autres qui rentrent dans telle ou telle catégorie selon la façon dont ils sont traités, dont ils sont exploités par leur propriétaire; leur caractère de fruits ou de produits est affaire d'optique, de point de vue individuel; de ce nombre sont les *arbres* et les *produits des mines, minières*, etc.

1896. Les arbres. — Leur nature juridique leur est assignée soit par leur essence même, soit par la volonté du propriétaire.

1° Par leur *essence même* : les arbres *fruitiers* ne sont jamais des fruits; ils en portent mais ils n'en constituent pas eux-mêmes; on n'a pas l'habitude de les couper à intervalles réguliers, et, si on le faisait, le fonds perdrait de sa valeur. L'usufruitier ne peut donc pas les abattre; s'ils périssent, ils lui appartiennent alors, mais à charge de les remplacer (art. 594). Les arbres *d'agrément* appellent des observations identiques : ce sont aussi des capitaux;

2° Par la *volonté du propriétaire* qui a pu aménager une forêt de façons très différentes. On distingue, à ce sujet, entre les *bois taillis* et les arbres de *haute futaie*. Les premiers, leur nom l'indique, sont destinés à être coupés à intervalles assez rapprochés : ils constituent des fruits et l'exploitation en échoit donc à l'usufruitier dans tous les cas et quand bien même ils n'auraient été l'objet d'aucun aménagement; au contraire, les hautes futaies, c'est-à-dire les arbres auxquels on laisse atteindre leur complet développement, ne constituent des fruits qu'autant qu'elles avaient été aménagées par le propriétaire; c'est en pareil cas seulement que l'usufruitier peut prétendre à leur exploitation (art. 591), et à la condition de se conformer à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires (même texte).

Quant aux arbres de *pépinière*, l'usufruitier ne les retire que dans la mesure où il peut le faire sans dégradation et à charge de se conformer à l'usage des lieux pour le remplacement (art. 590, § 2).

1897. Produits des mines, minières, etc. — Les matières extraites des mines, minières, carrières, etc., sont des revenus et échoient donc à l'usufruitier si l'exploitation avait

été commencée antérieurement à l'ouverture de l'usufruit, mais il ne lui appartient pas d'en prendre l'initiative (art. 598). En ce qui concerne plus spécialement les *mines*, ce point de vue du Code civil, qui est demeuré exact malgré la réglementation introduite par les lois du 21 avril 1810 et du 9 septembre 1919, aboutit à ces conséquences que l'usufruitier bénéficie de la *redevance minière* due à la surface par le concessionnaire de la mine, mais qu'il ne saurait prétendre à la dite redevance lorsque la concession est postérieure à l'ouverture de son droit; en ce dernier cas, c'est le nu propriétaire qui a sur elle un droit exclusif, sauf pour lui l'obligation d'indemniser l'usufruitier des dommages causés à la surface (Lyon, 24 mai 1853, *D. P.* 1855, 2, 347).

Le Code civil décide également que l'usufruitier n'a pas droit au *trésor* qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit (art. 598, § 2); mais cette disposition ne concerne que l'attribution *jure soli*; si l'usufruitier découvre le trésor, il peut prétendre, comme tout inventeur, à la moitié, *jure inventionis*, par droit d'*occupation* (*Sup.* n° 1681).

1898. Généralités de la règle qui attribue les fruits à l'usufruitier. — Tous les fruits, tels que nous venons de les caractériser, appartiennent à l'usufruitier; on ne distingue ni selon qu'ils sont donnés par la chose envisagée dans l'état qu'elle affectait lors de la constitution de l'usufruit ou qu'ils proviennent d'accroissements dont elle a été l'objet par la suite, ni selon la nature des fruits.

1° On ne distingue pas suivant que les fruits sont donnés par la chose envisagée dans son état primitif ou qu'ils proviennent d'accroissements dont elle aurait bénéficié par la suite.

Cette remarque s'applique notamment :

a) Aux *accroissements dus à l'accession*, naturelle ou industrielle, par exemple aux *alluvions*;

b) Aux *lots et aux primes de remboursement des obligations* : la jurisprudence considère que le lot ou la prime représentent un surcroît de capital; l'usufruitier peut donc prétendre, non pas au lot ou à la prime eux-mêmes, mais seulement à leurs revenus : *accessorium sequitur principale* (Req. 14 mars 1877, *D. P.* 1877, 1, 353, *S.* 1878, 1, 5, note Labbé) : solution moyenne, intermédiaire entre deux solutions extrêmes qui comptent des défenseurs, l'une qui refuse tout droit à l'usufruitier pour cette raison que la prime ou le lot ne sont pas des fruits, l'autre qui les attribue intégralement et définitivement, sans obligation de restitution, en alléguant qu'ils ont été constitués à l'aide de retenues opé-

rées par l'établissement émetteur sur le montant des intérêts des obligations, donc au préjudice de l'usufruitier. Mais cette dernière considération économique, valable dans les rapports du prêteur et de l'emprunteur, ne doit pas intervenir dans les relations du prêteur avec l'usufruitier, et il y a lieu d'approuver la jurisprudence de la Cour suprême qui applique purement et simplement, pour déterminer ces relations, les règles intérieures de l'usufruit;

2° On ne distingue pas non plus entre les diverses catégories de fruits : *l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils...* » (art. 582).

Les fruits *naturels*, c'est-à-dire ceux que la chose donne d'elle-même, spontanément (jonc, herbages, fruits sauvages); les fruits *industriels*, qui impliquent le travail de l'homme (blé, raisin, etc.); les fruits *civils*, qui sont les fruits *en argent* (loyers des maisons, fermages des terres, intérêts des capitaux prêtés, dividendes, arrérages des rentes viagères, etc.).

1899. Mode d'acquisition. — Mais, si l'usufruitier acquiert tous ces fruits indistinctement, ce n'est pas à dire qu'il les fasse siens par le même procédé et au même moment; une opposition doit être établie, à cet égard, entre les fruits en nature et les fruits en argent.

a) Fruits en nature (naturels ou industriels). — On dit ordinairement que l'usufruitier les acquiert par la *perception*, c'est-à-dire par un acte de maître, par une prise de possession consciente. A notre avis, c'est là une erreur : l'usufruitier, qui est titulaire d'un droit réel de jouissance et qui est substitué, pour cette jouissance, au propriétaire, acquiert les fruits en nature comme ce propriétaire les eût acquis lui-même, soit par la simple *séparation*, fût-elle réalisée en dehors de sa volonté et à son insu. S'il en va autrement du possesseur de bonne foi (*Sup.* n° 1409), c'est parce que ce possesseur n'a pas de droit réel de jouissance et que les fruits doivent alors aller logiquement et normalement au propriétaire aussi longtemps qu'il n'y a pas eu appréhension de la part du possesseur qui ne saurait invoquer un droit préconstitué, une prédestination dont l'usufruitier peut au contraire se réclamer.

1900. — b) *Fruits en argent (fruits civils)*. — L'usufruitier les acquiert *jour par jour*, donc *proportionnellement à la durée de sa jouissance* (art. 586). Exemple : l'usufruit porte sur un fonds qui est affermé; le montant du fermage

est de 10.000 francs, payables une fois l'an; l'usufruit est constitué et prend fin entre deux échéances; il a duré pendant six mois. L'usufruitier aura droit au fermage jusqu'à concurrence de la moitié, soit 5.000 francs, encore qu'il n'ait pas effectué de perception et qu'il n'y ait pas eu d'échéance en cours d'usufruit. Nous avons vu qu'au contraire le possesseur de bonne foi n'acquiert, même les fruits civils, que par la perception (*sup.*, n° 1410); cette différence de traitement se justifie exactement comme celle que nous venons de signaler pour les fruits en nature.

1901. Appréciation des deux systèmes. — Des deux modes d'acquisition des fruits qui sont ainsi institués par le Code civil, le deuxième est le plus sûr et le plus équitable; il est fâcheux que les fruits en nature eux-mêmes ne s'acquièrent pas jour par jour; le système de l'acquisition par la perception ou par la séparation peut aboutir à des conséquences injustes dans le cas où les récoltes sont sur pied et sur le point d'être levées lors de la constitution de l'usufruit; elles appartiennent alors à l'usufruitier et sans *indemnité aucune* (art. 585), en sorte qu'il s'enrichit, sans cause juridique valable, aux dépens du propriétaire qui a dû exposer des frais de labour et de semences; il est vrai que le même texte attribue au propréitaire, et sans indemnité également, les récoltes sur pied lors de l'extinction de l'usufruit; mais il n'est pas dit que les chances de gain et de perte se compenseront toujours; il arrive que l'usufruitier, après avoir recueilli la récolte initiale, laisse au propriétaire, lors de sa sortie du fonds, un sol nu, non ensemencé. Ce système est choquant, surtout lorsque l'usufruit est légal : les intéressés n'ont pas pu choisir le moment de son ouverture ni prendre des assurances contre des risques possibles, au moyen de clauses équitables. Une réforme est désirable sur ce point, qui consacrerait le régime de l'acquisition jour par jour, proportionnellement à la durée de l'usufruit, pour toutes les catégories de fruits.

1902. C. Droit, pour l'usufruitier, de procéder à certains actes, matériels ou juridiques. — Nous laissons de côté les actes qui s'expliquent par l'exercice du droit d'usage et du droit de jouissance, précédemment étudiés.

1° L'usufruitier peut accomplir tous les actes *conservatoires*, et l'on considère qu'il représente, en ce faisant, le propriétaire, par exemple en interrompant une prescription;

2° Il peut aussi procéder à tous *actes d'administration*, c'est-à-dire aux actes qui ne s'attaquent pas à la substance

même de la chose, qui n'intéressent pas le capital, mais seulement les revenus, à l'exclusion des actes de *disposition*, lesquels lui sont interdits, puisque la substance de la chose doit demeurer intacte (art. 578), sauf, bien entendu, dans le cas où, devenu quasi-usufruitier, il a donc la propriété même des choses comprises dans son émolument.

1903. Les baux. — Le bail est le type classique de l'acte d'administration; l'usufruitier peut le consentir, théoriquement du moins, sans limitation de durée, en ce sens qu'il sera personnellement lié par la convention et qu'*il devra maintenir le bail, si long qu'il puisse être*. Seulement, si l'usufruit vient à cesser en cours de bail, le propriétaire ne saurait être lié par des baux consentis pour une très longue période; une solution transactionnelle est alors nécessaire; elle est écrite dans les articles 1429 et 1430 aux dispositions desquelles l'article 595 se réfère expressément. Dans ce système, le preneur a seulement droit d'achever la période de neuf années dans laquelle il se trouve lors de l'extinction de l'usufruit; pour le surplus, le propriétaire a le droit de méconnaître le bail, et cela *quand bien même il serait l'héritier de l'usufruitier, donc du bailleur*; à ce point de vue, les engagements du défunt ne passent pas à ses héritiers, réserve faite du cas où il se serait présenté comme le propriétaire de l'immeuble (Req. 13 avril 1897, *D. P.* 1898, 1, 76; 18 avril 1921, *D. P.* 1922, 1, 210, *S.* 1922, 1, 15). Il semble donc que le nu propriétaire ne puisse être lié, au maximum, que pour une période de neuf années moins une fraction. Mais il faut tenir compte d'une autre règle, destinée à faciliter le renouvellement des baux, et d'après laquelle l'administrateur, en l'occurrence l'usufruitier, peut conclure un nouveau bail avec le preneur, *deux ans* avant l'expiration de l'ancien pour les *maisons*, et *trois ans* à l'avance pour les *biens ruraux* (art. 1430); si bien qu'en fin de compte, le nu propriétaire sera lié au maximum pour onze ou douze années, moins une fraction, selon qu'il s'agira de baux urbains ou de baux ruraux. Il ne lui est d'ailleurs pas interdit de respecter intégralement les baux passés par l'usufruitier, dont la *réduction* est *facultative* pour lui, dans les limites indiquées.

En cas de réduction, le preneur évincé n'a pas de recours contre l'usufruitier : il devait savoir les conditions dans lesquelles le bail lui était consenti, à moins de supposer que l'usufruitier ne se fût présenté comme propriétaire, circonstance aggravante qui engagerait sa responsabilité.

1903*bis*. Droit de reprise. — La Cour de cassation a jugé que l'usufruitier puise la faculté d'exercer le droit de *reprise*, à la fois dans le droit de jouissance qui lui appartient et dans le droit de donner la chose à bail; la reprise peut même être effectuée à l'encontre du nu propriétaire devenu locataire de l'immeuble (Comm. sup. de cassat. 20 mars 1930, *D. H.* 1930, 365; 30 mars 1933, *D. H.* 1933, 302).

1904. — 3° L'usufruitier, s'il ne peut pas disposer de la chose, peut parfaitement disposer de son droit d'usufruit : il est à même de le *céder, à titre onéreux ou à titre gratuit* (art. 595). La cession obéit aux règles suivantes :

a) Ce qui est cédé, ce n'est pas seulement l'émolument, les fruits, c'est le droit d'usufruit lui-même (arg. art. 595);

b) L'usufruitier cède son droit tel qu'il lui appartient, avec la menace des causes d'extinction qui lui sont personnelles; notamment, s'il vient à décéder, le droit prend fin, encore que le cessionnaire vive encore;

c) Si une cause d'extinction se produit, non dans la personne de l'usufruitier, mais dans celle du cessionnaire, le droit fait retour à l'usufruitier et non au nu propriétaire, pour qui la cession est *res inter alios acta*.

On voit combien fragile est le droit du cessionnaire qui a à redouter la survenance de causes d'extinction et dans sa personne et dans celle de son cédant.

1905. — 4° Si l'usufruit est établit sur un *immeuble*, l'usufruitier peut le grever d'une hypothèque (art. 2118 — 2°);

5° Il va sans dire que l'usufruit, *mobilier ou immobilier*, figure dans le gage général des créanciers de l'usufruitier qui peuvent donc l'y *saisir*.

1906. D. **Actions.** — L'usufruitier a l'exercice de certaines actions qui viennent sanctionner son droit et assurer son efficacité.

1° Il a *l'action confessoire*, sanction essentielle et appropriée de son droit d'usufruit, — action *réelle* qu'il peut intenter contre tous, à l'occasion contre le propriétaire lui-même;

2° Il faut lui reconnaître les *actions possessoires*, et à plus forte raison la *réintégrande*. On ne saurait objecter que, simple détenteur, il possède pour autrui, pour le propriétaire, lui-même précisément investi des actions possessoires. La réponse réside dans une distinction classique entre la *possessio rei* et la *possessio juris*; la première, qui corres-

pond à la propriété, qui en est l'extériorisation, appartient toujours au nu propriétaire; mais la deuxième qui correspond à l'usufruit, est réservée au seul usufruitier qui, dans cette mesure, possède pour son compte personnel, *proprio nomine*, et qui a donc à sa disposition, en vue de la sauvegarde de ses prérogatives, la *complainte* et la *dénonciation de nouvel œuvre*;

3° L'*action en bornage* peut être exercée par l'usufruitier, sans pour cela échapper au nu propriétaire (*Sup.* n° 1437*bis*); l'un et l'autre ont un intérêt légitime à ce que les limites du fonds soient exactement et officiellement établies;

4° L'usufruitier peut demander le *partage* s'il est dans l'indivision avec un co-usufruitier; il peut même exercer l'action en partage contre le propriétaire, mais *uniquement dans la mesure où la jouissance serait indivise entre eux*, et non pas en ce qui concerne la propriété; comme on l'a vu, nu propriétaire et usufruitier ne sont nullement dans l'indivision, leurs droits étant de nature différente.

Nous sommes ainsi amené à parler des rapports de l'usufruitier avec le nu propriétaire.

1907. II. Rapports de l'usufruitier avec le nu propriétaire; obligations qui lui incombent. — Ces rapports ont été en partie décrits à propos de l'étendue et de la nature des droits qui appartiennent au nu propriétaire et à l'usufruitier : il ne nous reste plus ici qu'à indiquer les *idées générales qui président à ces rapports* et à énumérer certaines *charges* dont l'usufruitier est tenu en contemplation et en compensation de ses droits d'usage et de jouissance.

1908. A. Idées générales qui président aux rapports de l'usufruitier avec le nu propriétaire et aux obligations dont il est tenu envers lui.

1° L'usufruitier, étant en contact avec la chose, est à même de compromettre, d'entamer les droits du nu propriétaire, au lieu que, nous l'avons vu, la réciproque ne serait pas exacte (*Sup.* n^{os} 1872, 1886 et suiv.) : de là le réseau obligatoire très serré dans lequel il est enfermé par la loi, tandis que le nu propriétaire n'est obligé avec lui que dans des cas assez rares et accidentellement (*Sup.* n^{os} 1889 et 1890);

2° L'usufruitier est tenu d'un devoir général et traditionnel qui domine toutes ses obligations : il doit *jouir de la chose en bon père de famille* (art. 601).

C'est par application de cette directive qu'il doit s'abste-

nir de toute détérioration, entretenir la chose en bon état (il doit, nous le verrons, procéder aux réparations d'entretien) ; dénoncer au propriétaire les empiètements commis sur sa chose par un tiers, les entreprises sur ses droits, et le mettre ainsi à même de défendre ses intérêts menacés (art. 614) ; poursuivre le recouvrement des créances soumises à sa jouissance et en empêcher la prescription (Req. 21 mai 1930, *D. H.* 1930, 346, *S.* 1930, 1, 286).

1909. — 3° Fréquemment, la loi adopte, pour fixer les obligations de l'usufruitier, un critérium plus précis et plus concret : elle lui fait un devoir de *modeler sa jouissance sur celle du propriétaire*. Applications :

a) Si l'usufruit comprend des *bois taillis*, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement *ou à l'usage constant des propriétaires* (art. 590, § 1) ;

b) On trouve, dans le deuxième alinéa, du même texte, une formule analogue pour le remplacement des arbres d'une *pépinière* ;

c) L'usufruitier ne peut couper les bois de *haute futaie* mis en coupe réglée qu'à la condition de se conformer à *l'usage des anciens propriétaires* (art. 591) ;

d) L'article 593 lui permet de prendre dans les bois des *échalas* pour les vignes et certains produits annuels ou périodiques, *le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires* ;

e) Aux termes de l'article 597, il exerce les servitudes établies au profit de la chose et il en jouit *comme le propriétaire lui-même* ;

f) Pour les mines, minières, etc. l'exploitation n'est possible de la part de l'usufruitier que si elle était pratiquée antérieurement par le propriétaire (*Sup.* n° 1897).

On découvre donc, dans le Code civil, deux critères différents et quelque peu contradictoires : celui du bon père de famille (critère *abstrait*) et celui de l'administration du propriétaire ou des précédents propriétaires (critère *concret*) ; mais il est à remarquer que le deuxième n'est utilisé par la loi que dans des applications spécialisées et précises, en dehors desquelles on doit s'en référer au critère abstrait : l'usufruitier ne saurait se faire un argument de la négligence du propriétaire pour compromettre ses droits et ses intérêts par une administration défectueuse.

1910. B. **Charges usufructuaires incombant à l'usufruitier en considération de son droit de jouis-**

sance dont elles constituent la contre-partie. — Ce sont celles qui sont réputées « *charges des fruits* » (art. 608).

1° L'usufruitier doit supporter, sans recours possible et sauf convention contraire, les *contributions* et les *charges annuelles* dont le fonds dont il jouit peut être l'occasion : *impôt foncier* avec les centimes additionnels; taxes de balayage; taxes sur les chevaux, les automobiles, taxes dites de *remplacement* (des droits d'octroi) qui ont été établies dans certaines villes, etc. (art. 608);

2° L'article 609, visant les charges qui peuvent être imposées sur la propriété au cours et depuis l'établissement de l'usufruit, décide que le nu propriétaire et l'usufruitier y contribuent, le premier pour le capital, le second pour les intérêts. En conséquence, de deux choses l'une : ou bien la charge a été acquittée par le propriétaire, et l'usufruitier doit, en ce cas, lui tenir compte des intérêts; ou bien elle l'a été par l'usufruitier, et alors celui-ci a droit, à l'expiration de l'usufruit, au remboursement de la somme qu'il avait ainsi avancée, mais sans intérêts (art. 609, §§ 2 et 3).

Les charges auxquelles se réfère ce texte sont les *contributions exceptionnelles* qui surgissent, à titre accidentel et extraordinaire, en cours d'usufruit : emprunts forcés; contributions de guerre; indemnité pour dessèchement de marais, construction de digue, frais d'établissement de trottoirs (L. 7 juin 1845); frais nécessités par la clôture forcée ou par le bornage.

1911. 3° Réparations d'entretien. — Les *réparations d'entretien* incombent obligatoirement à l'usufruitier qui est tenu d'y procéder, à ses frais, alors même qu'elles seraient rendues nécessaires, non par sa faute, ni même par l'injure du temps, mais par accident : il y a là une charge naturelle des fruits à laquelle on fait face, non avec le capital, mais avec les revenus (art. 605, § 1).

Au contraire, les *grosses réparations* n'incombent pas, en principe, à l'usufruitier; il n'est tenu d'y procéder que dans le cas où elles seraient rendues nécessaires par le *défaut de réparation d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit* (art. 605, § 2). Ces derniers mots sont à retenir : il en résulte que l'usufruitier n'est point tenu de procéder aux réparations d'entretien dont la nécessité apparaissait antérieurement à l'ouverture de son droit; très logiquement, c'est seulement à cette date que prend naissance son obligation, en même temps que s'ouvre son droit de jouissance dont elle est corrélative.

1912. Distinction des grosses réparations et des réparations d'entretien. — Cette distinction est parfois très délicate; afin de limiter l'arbitraire et de prévenir des contestations, le législateur a donné, dans l'article 606, une énumération des grosses réparations qui sont *celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières; celui des digues et des murs de soutènement et de clôture, aussi en entier*. Et le texte ajoute : «*toutes les autres réparations sont d'entretien* ». En d'autres termes, la liste donnée par l'article 606 des grosses réparations, est une *liste limitative* à laquelle l'interprète ne saurait rien ajouter. Mais il faut bien noter qu'elle concerne exclusivement les réparations à effectuer sur des *constructions*, des bâtiments; la question reste donc entière pour celles qui s'appliquent par exemple à des machines, à un matériel d'usine, à des objets mobiliers quelconques; elle est une question de pur fait qu'il appartient au juge du fond de trancher, en s'inspirant d'ailleurs des directives données par l'article 606 et en se souvenant donc que les grosses réparations sont celles de reconstruction, de rétablissement, tandis que les réparations d'entretien portent sur des parties secondaires ou accessoires de la chose.

1913. Déguerpissement. — L'usufruitier peut s'affranchir de l'obligation de procéder aux réparations d'entretien en renonçant à son droit d'usufruit, en *déguerpissant*. On se demande seulement quelle est au juste pour lui l'efficacité de ce remède héroïque : le dégage-t-il seulement pour l'avenir? ou bien aussi pour le passé, en ce qui concerne les réparations dont l'urgence s'était manifestée dès avant l'abandon? (Voy., dans le premier sens, Maurice Picard, n° 837; André Breton, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels*, *Rev. trim.*, 1928, pp. 360 et suiv.).

1914. 4° Contribution à l'acquittement du passif. — Les charges qui incombent à l'usufruitier s'alourdissent dans le cas où son droit porte, non pas sur des objets particuliers, mais sur *l'ensemble ou sur une quote-part d'un patrimoine*, la moitié, le tiers, le dixième; éventualité fréquente, puisque l'usufruit est souvent constitué à cause de mort, par la loi ou par un testament; notamment, l'usufruit établi *à titre successoral* (Sup. n° 1864 et n° 1871) est toujours un *usufruit universel* ou *à titre universel;* alors, l'usufruitier doit contribuer à l'acquittement du passif, à raison de l'étendue même de sa vocation. Ce qu'il recueille, c'est l'usufruit d'un patrimoine ou d'une tranche de patri-

moine; or, un patrimoine comprend, non seulement des éléments actifs, des biens, mais aussi des éléments passifs, des dettes; il est juridique et il est équitable que l'usufruitier, qui a la jouissance de tout ou partie de l'actif, contribue en retour, dans une mesure correspondante, à l'acquittement du passif héréditaire.

Cette mesure est déterminée dans l'article 612, dont les dispositions s'appliquent à toutes les dettes et charges de la succession, y compris les legs (art. 610) : lorsque l'usufruit porte sur le patrimoine tout entier, l'usufruitier, parce qu'il perçoit la totalité des revenus, doit supporter l'intégralité des *intérêts* ou des *arrérages* du passif; si sa vocation n'est établie que sur une quote-jart, le tiers par exemple, sa contribution aux intérêts affecte la même proportion, c'est-à-dire jusqu'à concurrence d'un tiers. Parfois, une estimation deviendra nécessaire, par exemple lorsque l'usufruit à titre universel est constitué sur tous les meubles ou sur tous les immeubles : il faudra alors déterminer, à l'aide d'une *ventilation*, la valeur de ces biens par rapport à l'ensemble de la sucession, et c'est dans une mesure correspondante que les *intérêts* du passif incomberont à l'usufruitier; si l'on suppose que l'usufruit a été établi sur tous les immeubles successoraux, que leur valeur soit de 200.000 francs et que la succession, dans son ensemble, en vaille 400.000, c'est dans la proportion de la moitié que l'usufruitier sera tenu des intérêts du passif héréditaire.

1915. Procédé de contribution. — Il ne suffit pas de déterminer la part contributive de l'usufruitier dans le passif héréditaire : il faut encore *réaliser* cette contribution. L'article 612 indique trois procédés : 1° l'usufruitier avance la somme nécessaire pour l'acquittement du passif; cette somme lui sera restituée, à la fin de l'usufruit, *sans intérêts*; 2° si l'usufruitier ne veut pas ou ne peut pas effectuer cette avance, le propriétaire a le choix entre deux partis : 1. Ou bien payer tout le passif, avec le droit de récupérer, chaque année, les intérêts, dans la mesure où le paiement en incombe à l'usufruitier; 2. Ou bien faire vendre les biens grevés d'usufruit, dans la mesure nécessaire à l'acquittement du passif; l'excédent sera remis à l'usufruitier ainsi que les biens non vendus, en sorte que le nu propriétaire se trouvera, par ce procédé encore, d'avoir acquitté le passif, quant au capital, tandis que l'usufruitier en aura supporté les intérêts.

1916. Dérogation. — Il dépend du constituant de déroger aux dispositions de l'article 612 et, par exemple, d'imposer à l'usufruitier, à titre définitif et sans recours, le paiement de legs à titre particulier (Civ. 24 oct. 1905, *D. P.* 1906, 1, 153).

1917. Remarque. — Il est rappelé que l'usufruitier a titre particulier n'est tenu, en aucune mesure, à l'acquittement d'un passif quelconque; cependant, si son droit porte sur un bien grevé d'hypothèque, il est exposé, en tant que détenteur, et à raison du droit de suite dont jouit le créancier hypothécaire, à payer le montant de la dette garantie; mais la loi lui ouvre un recours contre le propriétaire; car il n'était tenu que *propter rem* et non point personnellement; le fardeau de la dette ne saurait lui incomber définitivement (art. 611).

§ III. — SITUATIONS RESPECTIVES DU PROPRIÉTAIRE ET DE L'EX-USUFRUITIER LORS DE L'EXTINCTION DE L'USUFRUIT

Règlement de compte

1918. Distinction. — L'extinction de l'usufruit n'est pas nécessairement le signal d'un *règlement de compte* entre le propriétaire et l'ancien usufruitier; encore faut-il distinguer d'après les modes d'extinction; si, par exemple, l'usufruit s'est éteint à raison de la réunion, sur une même tête, des deux qualités incompatibles d'usufruitier et de nu propriétaire, si, plus précisément, l'usufruitier succède au propriétaire, on ne voit pas quelle serait la signification d'un règlement, alors qu'il ne saurait être question ni de restitution — l'usufruitier est devenu propriétaire — ni de responsabilité; on ne se demande pas compte à soi-même de sa propre gestion. Et l'observation trouve sa place au cas où la chose grevée d'usufruit a péri complètement et par un cas de force majeure; alors, tout est consommé; les droits de chacun ont pris fin, purement et simplement.

Mais, dans la plupart des éventualités, au contraire, un règlement de compte devient indispensable entre les intéressés, soit que l'usufruit s'éteigne par le décès de son titulaire, ou par l'arrivée du terme extinctif ou par la déchéance pour abus de jouissance : il faut alors liquider la situation; sur quelles bases et d'après quelles règles le fera-t-on?

Recherchons ce que peut réclamer le propriétaire et ce que l'ancien usufruitier — ou ses héritiers — sont en droit d'exiger.

1919. I. Prestations dues au propriétaire. — Le propriétaire a droit à certaines *restitutions*.

A. *Montant des restitutions* :

1° L'usufruitier, débiteur d'un corps certain, doit restituer le bien même qui lui avait été remis, *dans son identique individualité* : telle maison, tel domaine, tel fonds de commerce, telle créance. Mais il en va autrement dans les cas où il avait été rendu propriétaire, notamment à raison de cette particularité que son droit portait sur des choses consomptibles; alors, le constituant a abdiqué définitivement sa propriété; il se présente, non comme propriétaire, mais comme créancier, et il devra donc se contenter d'un *équivalent*. En principe, cet équivalent doit lui être fourni *en nature*; ce sont des choses *de même qualité* et *en même quantité* qui lui seront remises, à titre de restitution, par le quasi-usufruitier (art. 587), mais non pas, quoi qu'en dise ce texte, *de même valeur*, car cette valeur a pu changer depuis la constitution de l'usufruit et il n'y a certainement pas lieu de tenir compte des variations subies, de la hausse ou de la baisse des prix.

1920. — L'article 587 appelle une autre critique : il semble donner au quasi-usufruitier le choix entre deux partis; le débiteur pourrait se libérer, soit en restituant des choses semblables à celles qu'il avait reçues — et c'est ce que nous venons de supposer — soit en remettant au propriétaire leur *estimation*, c'est-à-dire une somme d'argent représentative de leur valeur. En réalité, cette prétendue option n'existe pas; elle irait à l'encontre de la volonté des parties, et c'est seulement si celles-ci ont prévu et fixé la restitution en argent que l'usufruitier se libèrera sous cette forme, *alors obligatoire pour lui*; cette intention des parties peut d'ailleurs se manifester *tacitement*; elle se déduit notamment de cette circonstance que les choses consomptibles remises à l'usufruitier avaient été *estimées* au début de l'usufruit, lors de la délivrance; on dit alors traditionnellement qu'*estimation vaut vente*; l'usufruitier est considéré comme un acheteur, et, à ce titre, il est redevable d'une somme d'argent, celle à laquelle la valeur des biens a été estimée.

Il n'y a donc, pour le quasi-usufruitier, aucune alternative : ce qu'il doit restituer, c'est, ou bien des choses de même qualité et en même quantité que celles qu'il avait reçues, ou bien une somme d'argent représentative de leur valeur; il n'a jamais le choix entre les deux procédés, à moins de supposer qu'une clause expresse ne lui accorde cette facilité exceptionnelle de libération.

1921. — 2° Le propriétaire peut aussi réclamer la restitution des *fruits* que la chose a donnés postérieurement à la cessation de l'usufruit; à dater du jour où son droit a pris fin, l'ancien usufruitier est sans titre pour les garder; il ne les fait plus siens; il doit les restituer au propriétaire, avec la chose même d'où ils sont sortis.

1922. — 3° L'ancien usufruitier peut devoir une indemnité à raison des *détériorations* que les choses ont subies entre ses mains, pendant la durée de l'usufruit; il faut, à cet égard, distinguer selon que la détérioration lui est ou non imputable à *faute*.

a) Si c'est par sa faute que la chose a été détériorée, sa responsabilité est toujours engagée envers le propriétaire et sa réalisation est garantie par la caution, s'il en existe une; notamment, nous savons qu'il en va ainsi des dommages résultant du défaut de réparations d'entretien (art. 605, § 2);

b) Si, au contraire, la détérioration est due au *fait normal* de l'usufruitier, et, *a fortiori*, si elle tient à un cas de force majeure, la responsabilité cesse de jouer. La loi s'en explique formellement, dans l'article 589, pour les meubles, en dispensant l'usufruitier de remplacer les objets mobiliers qui se détériorent fatalement par l'usage, comme le linge ou les meubles meublants; et il n'y a pas de raison pour traiter autrement les immeubles, *réserve faite de l'obligation qui incombe à l'usufruitier d'en assurer l'entretien.*

1923. B. **Question de preuve.** — Elle se pose sous deux formes différentes :

1° Il s'agit d'abord de savoir ce que l'usufruitier avait reçu, et l'on sera fixé à ce sujet par l'inventaire qui a dû être dressé et à défaut duquel il est admis que le propriétaire est en droit de recourir à tous modes probatoires, témoignages et même commune renommée (*Sup.* n° 1880);

2° A supposer que des choses aient été détruites ou détériorées ou qu'elles aient disparu, il faut fixer les conditions dans lesquelles l'événement s'est produit, et il est acquis que le fardeau de cette preuve incombe à l'usufruitier, débiteur d'un corps certain qu'il ne peut plus représenter ou qu'il ne représente que détérioré (art. 1302); il devra prouver, dans les termes du droit commun, que la perte, la disparition ou la détérioration sont dus à un cas de force majeure, c'est-à-dire à un fait indépendant de sa volonté et de son action. A ce sujet, il est intéressant de noter que *l'incendie* n'est pas considéré comme un cas de force majeure, mais comme un cas fortuit, c'est-à-dire comme un événe-

ment interne et équivoque; il ne suffira donc pas à l'usufruitier de prouver que la maison a été incendiée; il devra encore établir que le feu a eu une cause tout à fait étrangère par rapport à lui; il fera donc sagement en contractant une assurance contre l'incendie, afin de dégager, à l'occasion, sa responsabilité vis-à-vis du propriétaire.

1924. C. **Actions qui appartiennent au propriétaire en vue d'obtenir les restitutions qui lui sont dues.** — Le propriétaire dispose, à ce titre, de la *revendication*, qu'il peut utiliser afin d'obtenir de l'ancien usufruitier les satisfactions qui lui sont dues; mais on lui accorde aussi traditionnellement une *action personnelle en restitution* qui trouve sa base dans l'acte constitutif, sinon, et au cas d'usufruit légal, dans une longue tradition se rattachant à la *cautio usufructuaria* du droit romain (*Sup.* n° 1873) et qui présente sur la revendication cet avantage de ne pas impliquer, de la part du demandeur, la preuve d'un droit de propriété sur la chose.

1925. II. **Prestations dues à l'usufruitier sortant. Principe.** — De son côté, l'usufruitier peut prétendre à certaines indemnités à raison des travaux qu'il a exécutés sur la chose, aujourd'hui sujette à restitution. Mais le Code civil contient un texte qui vient restreindre son droit, empirer sa situation, telle que le droit commun la lui eût assurée; aux termes de l'article 599, § 2, il « *ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée* ».

La solution est extrêmement rigoureuse et exorbitante des principes généraux du droit; on ne la légitime que très dubitativement en alléguant que le législateur a voulu prévenir les contestations et éviter au propriétaire des restitutions importantes à raison de travaux qu'il n'eût pas jugé expédient d'exécuter lui-même s'il fût demeuré en contact avec sa chose : en vérité, ces arguments ne prouvent pas grand chose parce qu'ils prouvent trop; s'ils étaient fondés, ils feraient obstacle à tout règlement de compte entre enrichisseur et enrichi, en toute matière; il est vraiment trop simple et trop commode de supprimer la difficulté en fermant les yeux sur l'injustice; le remède est alors pire que le mal; il ne le supprime qu'aux dépens de l'organisme dans lequel il s'était développé.

1926. Tempéraments. — Plus rigoureuse et plus injustifiable est la règle, et plus l'interprétation restrictive s'im-

pose; l'interprète doit accueillir et consacrer volontiers les tempéraments qui viennent en tempérer la sévérité et en limiter la portée.

1° Un de ces tempéraments est formulé par la loi elle-même : aux termes du troisième alinéa de l'article 599, l'usufruitier a la faculté d'enlever « *les glaces, tableaux et autres ornements qu'il avait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état* ». Ce droit d'enlèvement existe pour tous les objets mobiliers placés sur le fonds de l'usufruitier, *pourvu qu'ils ne soient pas devenus immeubles par nature* du fait de leur incorporation; quant à l'immobilisation par destination, elle n'est point à envisager, puisqu'elle ne saurait être l'œuvre que du propriétaire lui-même (*sup.*, n° 1353);

2° Les *droits de jouissance* des père et mère et du mari échappent à l'emprise de l'article 599, § 2 (Voy., pour les constructions élevées par les père et mère sur le fonds de leur enfant mineur de dix-huit ans, Rennes, 24 fév. 1902, *S.*, 1903, 2, 66); en effet, ces droits viennent ordinairement se conjuguer avec des pouvoirs d'administration légale qui sont confiés au même titulaire, de telle sorte que l'exécution des travaux a eu lieu en vertu du mandat d'administrer dont le père ou la mère sont investis par la loi elle-même;

3° A supposer que l'usufruitier sortant doive des dommages-intérêts au propriétaire à raison des *détériorations* subies par la chose, on admet qu'il déduise du montant de sa dette celui des améliorations effectuées; on fera alors une balance des unes et des autres, ce qui revient à dire que l'usufruitier, qui ne peut pas *réclamer* le montant de ses impenses, est du moins admis à le *retenir* à l'occasion. Il n'est peut-être pas très rationnel d'attacher une telle importance à la forme — action ou exception — dans laquelle s'affirme sa prétention, mais tout moyen semble bon qui permet de pallier la rigueur injustifiable de la règle contenue dans le deuxième alinéa de l'article 599.

1927. — 4° On s'accorde encore à soustraire à l'application de cette même règle les dépenses nécessitées par l'exécution de *grosses réparations*. Lorsque le propriétaire a négligé ou a refusé d'exécuter de tels travaux, comme c'est, dit-on, son droit (*sup.*, n° 1890), l'usufruitier peut du moins y procéder lui-même, à ses frais; il aura, de ce chef, un recours contre le propriétaire, car, allègue-t-on, la dépense n'a pas eu un caractère de simple utilité, mais bien de *nécessité*; il n'y a pas eu seulement *amélioration*, mais bien *conservation*; on n'est donc plus dans les termes de l'arti-

cle 599, § 2, et on en revient à l'application des principes généraux, c'est-à-dire à la théorie des impenses (Voy. pour le cas de reconstitution d'un vignoble ravagé par le phylloxéra, Civ., 17 juill. 1911, *D. P.*, 1911, 1, 457, *S.*, 1913, 1, 92). Seulement, il est remarquable que la jurisprudence, rompant inopinément avec cette directive, limite le montant de l'indemnité au chiffre de la *plus-value existante lors de la cessation de l'usufruit* (arrêt précité); c'est pourtant une règle traditionnelle que les impenses nécessaires sont remboursables dans leur intégralité (*sup.*, n° 1612), et c'est bien la solution que Pothier consacrait en matière d'usufruit (POTHIER, *Traité du douaire*, n° 276); la jurisprudence s'explique ici par une autre jurisprudence, celle qui reconnaît aux grosses réparations un *caractère facultatif* pour le propriétaire (*sup.*, n° 1890) : si on imposait à celui-ci le remboursement intégral des impenses faites par l'usufruitier dans cet ordre d'idées, on aboutirait indirectement à rétablir l'obligation dont on veut le dispenser, puisque l'usufruitier serait à même de le menacer de faire lui-même les grosses réparations et de lui présenter ensuite, lors de la cessation de l'usufruit, la note à solder. Mais pour nous, qui avons admis le caractère obligatoire, pour le propriétaire, des grosses réparations (*sup.*, n° 1890), cette considération n'est d'aucune valeur et nous sommes donc amené à condamner du même coup les deux jurisprudences, dont l'une commande à l'autre : en raison et en équité, il n'est pas excessif de faire supporter au propriétaire, lorsqu'il a refusé de procéder aux grosses réparations indispensables, le montant intégral des impenses effectuées, en ses lieu et place, par l'usufruitier.

1928. — Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence n'admettait pas que le recours de l'usufruitier pût être exercé avant la fin de l'usufruit; mais un arrêt récent a admis le droit à l'indemnisation immédiate, aussitôt après l'achèvement des travaux (Paris, 27 juill. 1928, *D. P.*, 1929, 2, 1, note L. JOSSERAND).

1929. Constructions. — Notre jurisprudence n'admet pas d'autres tempéraments à la règle draconienne qui refuse toute indemnité à l'usufruitier sortant, à raison des améliorations par lui effectuées; et elle en fait application notamment aux *constructions neuves* que l'usufruitier aurait élevées sur le terrain nu, lui refusant à la fois et toute indemnisation de ce chef et le droit de procéder à l'enlèvement des matériaux. Le propriétaire pourra ainsi réaliser de gros béné-

fices aux dépens de l'usufruitier dont les sacrifices constitueront pour lui une aubaine inattendue autant qu'injustifiable; il gardera, sans bourse délier, les constructions édifiées par autrui et quelle qu'en soit la valeur (Req. 4 nov. 1885, *S.*, 1886, 1, 113, *D. P.*, 1886, 1, 361; Besançon, 5 avril 1887, *D. P.*, 1888, 2, 222; Dijon, 1er mai 1891, *D. P.*, 1891, 2, 332). Ainsi que le prouve l'arrêt de Besançon, la jurisprudence ne se laisse pas influencer par les circonstances qui ont déterminé l'usufruitier à construire ou à reconstruire, et quand bien même les travaux auraient été nécessités par l'incendie d'une construction ancienne qu'il s'agissait de remplacer.

1930. — Cette jurisprudence, encore qu'elle soit conforme à la tradition (POTHIER, *Traité du douaire*, n° 270), est très vivement critiquée :

1° Elle ne se réclame que très approximativement de la lettre de l'article 599, § 2 : des *constructions*, surtout si elles sont entièrement nouvelles, sont autre chose et plus que des *améliorations*;

2° Elle fait à l'usufruitier une situation inférieure à celle du *possesseur de mauvaise foi*, lequel peut prétendre à une indemnité à raison des constructions par lui élevées sciemment sur le sol d'autrui (art. 555; *sup.*, nos 1662 et suiv.);

3° Elle lui fait, du même coup, une situation inférieure à celle du simple preneur, assimilé par la jurisprudence, pour l'application de l'article 555, à un possesseur de mauvaise foi (*sup.*, n° 1669);

4° Elle est en contradiction avec la directive qui a conduit la Cour de cassation à reconnaître aux grosses réparations un caractère facultatif pour le propriétaire, à savoir qu'il n'existe pas de rapport obligatoire entre nu propriétaire et usufruitier, qui seraient des tiers l'un vis-à-vis de l'autre; si ce point de vue était exact, l'article 555 devrait intervenir pour assurer une indemnité à l'usufruitier constructeur;

5° Enfin et surtout, cette jurisprudence consacre une *iniquité* : il est scandaleux que le propriétaire puisse s'enrichir sans cause, aux dépens d'un usufruitier qui a agi, lorsqu'il a construit, dans la plénitude de son droit.

Aussi est-il question, depuis longtemps, de modifier l'article 599 pour assurer le triomphe, en matière d'usufruit, de la règle que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui; jusqu'à présent, les efforts déployés en ce sens n'ont pas abouti. En attendant la réalisation de cette réforme, la jurisprudence pourrait au moins circonscrire le mal en donnant de l'article 599 une interprétation aussi restric-

tive qu'il est possible et en libérant de son emprise les constructions.

SECTION III. — EXTINCTION DE L'USUFRUIT

1931. Généralités, énumérations. — Tout usufruit est voué à disparaître, puisqu'il ne saurait en aucun cas survivre à son titulaire; c'est un droit temporaire et fragile, sujet à des menaces d'extinction nombreuses et variées que le législateur a multipliées comme à plaisir en vue de faciliter, de hâter le retour à la nue propriété et, par là même, la reconstitution, très désirable, de la pleine propriété, assurément plus favorable qu'une propriété dissociée, à la bonne exploitation d'un fonds.

Sept causes d'extinction sont indiquées dans les articles 617, 618 et 621 : le *décès* de l'usufruitier; l'arrivée du *terme*; la *consolidation*; le *non-usage*; la *perte* de la chose; la *déchéance* pour abus de jouissance; la *renonciation*. Il faut ajouter à cette liste, déjà longue, la *résolution* du droit du constituant et l'*usucapion* accomplie au profit d'un tiers; soit au total *neuf modes d'extinction*. Encore faisons-nous abstraction des événements qui intéressent les différents droits de jouissance, notamment celui des père et mère qui prend fin tant par l'*émancipation* de l'enfant que par le *divorce* prononcé aux torts et griefs du titulaire (*sup.*, n° 1114).

1932. I. Décès de l'usufruitier. — Caractère essentiellement viager de l'usufruit. — La loi veut que l'usufruit prenne fin avec son titulaire, que celui-ci soit une personne humaine ou une personne morale. Toute clause qui tendrait à conférer à ce droit une durée plus longue serait radicalement nulle, comme contraire à l'ordre public. C'est en ce sens que l'on qualifie parfois l'usufruit de *droit personnel*, de *servitude personnelle* : sa durée maxima est mesurée sur la durée de la vie de la personne qui en est investie. L'extinction se réalise dans tous les cas, même si la mort de l'usufruitier survient au lendemain de l'ouverture de son droit, même s'il était, dès cette époque, mortellement atteint par le mal qui l'a emporté : l'article 1975, qui enlève tout effet au contrat constitutif d'une rente viagère établie sur la tête d'une personne atteinte d'une maladie dont elle est décédée dans les vingt jours, n'est certainement pas applicable à la constitution d'un usufruit.

1933. Usufruits successifs. — Du moins le caractère *viager* de l'usufruit ne met-il aucun obstacle à la création d'usufruits successifs, constitués sur plusieurs têtes et réversibles d'une personne à l'autre, de décès en décès ; en effet, il y a, en pareil cas, non pas un, mais plusieurs usufruits, distincts les uns des autres ; le second usufruitier n'est pas l'ayant cause du premier, pas plus que le troisième ne succédera au deuxième. En conséquence, chacun des titulaires doit exister au moment de l'acte constitutif et non pas seulement lors du décès de son prédécesseur, car c'est au même moment que les divers usufruits ont pris naissance, sauf à ne s'exercer qu'ultérieurement; si bien que la chose n'aura pas été démembrée plus longtemps que si un unique usufruit avait été établi au profit du dernier survivant et que, d'autre part, le caractère viager de chacun des droits aura été rigoureusement respecté.

1934. II. **Le terme extinctif.** — Si l'usufruit ne peut pas être prolongé au delà de la vie de son titulaire, il peut s'éteindre par anticipation, au jour de l'arrivée d'un *terme* assigné par le *constituant* ou par la *loi*.

1° Par le *constituant*, contractant ou testateur; il a été stipulé, par exemple, que l'usufruit était constitué pour une période de vingt ans;

2° Par la *loi* :

a) L'usufruit établi au profit d'une *personne morale* dure *trente années;* une fois ce délai expiré, il s'éteint de plein droit (art. 619) : c'est qu'en effet on ne pouvait songer, en pareil cas, à attendre la mort de l'usufruitier dont la longévité peut confiner à l'immortalité; un Etat, une commune, une université atteignent des âges extrêmement avancés; en leur appliquant le droit commun, en leur maintenant l'usufruit jusqu'au jour de leur disparition, on eût, en fait, démembré à jamais la propriété. Force était donc d'enfermer alors l'usufruit dans des limites de temps préconstituées;

b) Le *droit de jouissance* des père et mère est éteint le jour où l'enfant atteint l'âge de dix-huit ans (art. 384).

1935. III. **Perte totale de la chose.** — Elle met fin à l'usufruit *absolument*; le droit ne peut même plus s'exercer sur les vestiges de la chose : cuir des animaux morts (art. 616, § 1), ou sol et matériaux d'un bâtiment écroulé ou incendié (art. 624, § 1).

La perte *juridique* (mise de la chose hors du commerce, expropriation pour cause d'utilité publique, désaffectation

d'une église) produit les mêmes effets que la destruction matérielle.

Mais toute une série de conditions sont exigées pour que l'extinction se produise :

1° Il faut que la perte soit *totale*, qu'elle puisse être considérée comme telle; si la chose n'est détruite que partiellement, l'usufruit continue à affecter les parties subsistantes (art. 623); l'article 624, § 2, fait une application de ce principe au sol et aux matériaux après destruction d'un bâtiment inclus dans un domaine plus important;

2° La perte doit être causée par un cas de *force majeure*; plus exactement, il faut qu'elle ne soit pas imputable au fait de l'homme, soit au fait de l'*usufruitier* ou du *propriétaire*, car il ne saurait dépendre de l'une des parties de mettre fin au droit par un acte unilatéral; soit aussi au fait d'un *tiers* responsable, car celui-ci deviendrait alors passible de dommages-intérêts sur lesquels le droit de l'usufruitier trouverait à s'exercer en tant que quasi-usufruit.

1936. 3° Subrogation réelle. — En effet, il arrive que l'usufruit soit, par suite d'une *subrogation réelle*, non pas éteint, mais reporté de la chose qu'il grevait sur une indemnité et transformé en un quasi-usufruit. Il en est ainsi :

a) Dans le cas précité où la chose a péri par le fait ou par la faute d'un tiers responsable, de l'usufruitier ou du nu propriétaire;

b) Lorsque l'immeuble grevé d'usufruit est *exproprié pour cause d'utilité publique*, une seule indemnité est allouée, eu égard à la valeur de l'immeuble tout entier; le droit de l'usufruitier est alors reporté sur cette indemnité globale (décret-loi du 8 août 1935, *relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, art. 35, § 3); en sorte que l'usufruit est transformé en un quasi-usufruit, ce qui explique que l'usufruitier doive alors fournir caution, quand bien même il en aurait été dispensé par le titre constitutif (même décret-loi, art. 35, § 4); les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans, sont seuls exemptés de cette obligation (même texte).

c) Lorsque l'immeuble, qui a été incendié autrement que par le fait d'un tiers, était *assuré* : le droit de l'usufruitier se reporte alors sur l'indemnité d'assurance, mais seulement si l'assurance avait été contractée *au profit des deux intéressés*, nu propriétaire et usufruitier : ce dernier a alors la jouissance — plus exactement le quasi-usufruit de la somme versée par l'assureur et qui se trouve substituée à l'immeuble disparu. En toute autre occurrence, le report ne se réalise

pas, soit que l'assurance ait été contractée par l'usufruitier pour son compte exclusif, auquel cas il touche de l'assureur, en toute propriété, une somme représentant la valeur de l'usufruit définitivement éteint; soit qu'elle ait été pratiquée par le propriétaire dans son seul intérêt, auquel cas c'est ce dernier qui est seul indemnisé, l'usufruit étant définitivement éteint comme dans l'hypothèse précédente, mais sans indemnité pour son titulaire. En résumé, dans le premier cas, l'usufruit est reporté, ainsi que la nue propriété, sur l'indemnité d'assurance; dans le deuxième, il est éteint moyennant une indemnité fournie en propriété et que l'usufruitier garde définitivement; dans le troisième enfin, il est éteint purement et simplement, sans indemnité pour son titulaire.

1937. IV. **La renonciation.** — La *renonciation* que l'usufruitier consent de son droit peut revêtir différents aspects : elle peut émaner de sa seule volonté, auquel cas elle est *unilatérale*; elle peut aussi se faire d'accord avec le nu propriétaire et elle est alors *conventionnelle*; parfois, on qualifie la renonciation unilatérale d'*abdicative*, tandis que la renonciation conventionnelle est dite *translative*.

La distinction n'est pas aussi intéressante qu'on pourrait le supposer; en effet : 1° De toute façon, la renonciation à l'usufruit échappe à tout formalisme, quand bien même elle serait consentie conventionnellement et à titre gratuit; c'est un principe que les renonciations ont leurs formes propres, soumises à des règles particulièrement libérales (arg. art. 1282 et suiv.); 2° En toute occurrence, la renonciation, du moins si l'usufruit était immobilier, est sujette à *transcription*, soit en vertu de l'article 1er-1°, de la loi du 23 mars 1855 (*acte translatif de droit réel susceptible d'hypothèque*), soit aux termes de l'article 1er-2° (*tout acte portant renonciation à ces mêmes droits*). Il semble bien que la première formule vise les renonciations conventionnelles et translatives, tandis que la deuxième convient parfaitement bien aux renonciations unilatérales et abdicatives.

En somme, la distinction des deux catégories de renonciations appelle seulement cette remarque que la renonciation unilatérale peut être *tacite*; on l'induit des circonstances (Civ., 19 août 1872, *S.*, 1872, 1, 316, *D. P.*, 1872, 1, 397; Req. 28 mai 1877, *D. P.*, 1877, 1, 496, *S.*, 1878, 1, 126); mais encore faut-il que la volonté abdicative soit certaine, et il est à noter que la simple *participation* de l'usufruitier à la *vente* de la chose n'entraîne pas par elle-même renonciation

à son droit (art. 621) : en pareille matière, on doit se garder des déductions divinatoires.

1938. V. **Le non-usage.** — L'usufruit est éteint lorsque son titulaire n'a pas fait acte d'usufrutier pendant *trente ans* (art. 617, § 5).

Il s'agit ici d'une *prescription extinctive*.

1° D'une *prescription* : elle comporte les causes de *suspension* et d'*interruption* habituelles : un seul acte de jouissance suffit à interrompre le non-usage et à conjurer la déchéance;

2° D'une prescription *extinctive*, qui ne repose donc aucunement sur une idée de possession; celui qui s'en prévaut, c'est-à-dire le propriétaire, n'a pas à alléguer une possession effective quelconque; il suffit qu'il fasse état de la négligence, de l'inertie de l'usufruitier.

1939. VI. **Usucapion accomplie au profit d'un tiers.** — Un fonds dont Primus est nu propriétaire, dont Secundus est usufruitier, est possédé par Tertius; celui-ci qui tient la chose de Quartus, prescrit simultanément contre les deux tenants, soit par dix à vingt ans s'il a juste titre et bonne foi, soit par trente ans si l'une de ces conditions fait défaut. Il faut noter que les deux prescriptions, contre le propriétaire et contre l'usufruitier, sont indépendantes encore que parallèles : le possesseur peut être de bonne foi par rapport à la propriété et de mauvaise foi en ce qui concerne l'usufruit : il croyait traiter avec un *nu* propriétaire alors qu'il avait affaire à un *non dominus*; il prescrira alors par dix à vingt ans contre Primus et par trente ans seulement contre l'usufruitier Secundus; ou encore, on peut supposer que le propriétaire est *présent* au sens de l'article 2265, au lieu que l'usufruitier est domicilié hors du ressort de la cour d'appel; l'usucapion sera acquise, contre le premier après dix ans, contre le second après vingt ans seulement.

Si c'est un meuble corporel qui est grevé d'un usufruit, la perte de ce droit peut être infiniment plus rapide, grâce à l'intervention de la maxime : « *En fait de meubles la possession vaut titre* », laquelle met le possesseur à l'abri de l'action confessoire de l'usufruitier comme elle lui permet d'échapper à l'action en revendication du précédent propriétaire (*sup.*, n° 1635).

1940. VII. **Résolution du droit du constituant.** — Si le constituant n'avait sur la chose qu'un droit *résoluble*, il n'a pu conférer à l'usufruitier qu'un droit de même nature;

l'usufruit, droit dérivé, pris sur la propriété, suit les destinées de celle-ci. La même observation est de mise pour l'usufruit établi par un propriétaire dont le titre était *annulable, rescindable* ou *révocable* : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.*

1941. VIII. **Déchéance pour abus de jouissance.** — C'est là un mode d'extinction qui était ignoré du droit romain et qui est une création de notre ancienne jurisprudence : il trouve sa place très généralement, sans qu'il y ait lieu de distinguer d'après le mode d'établissement de l'usufruit : même le droit de jouissance des père et mère y est assujetti.

1942. Définition et précision de l'abus de jouissance. — L'article 618 semble ramener l'abus de jouissance à deux éventualités précises : l'usufruitier a commis des dégradations sur le fonds ou bien il le laisse dépérir faute d'entretien. Mais on s'accorde à reconnaître que l'énumération n'est aucunement limitative et que, d'une façon plus générale, l'usufruitier commet un abus de jouissance du moment qu'il empiète sur les prérogatives du propriétaire et qu'il compromet la substance même de la chose, par exemple en démolissant des bâtiments ou en abattant des hautes futaies sans se conformer à l'aménagement établi.

1943. Mise en œuvre de la déchéance. — La déchéance n'est jamais encourue de plein droit; elle doit être demandée au tribunal, qui a le choix entre diverses solutions :

1° Il peut accueillir la demande, prononcer la déchéance de l'usufruitier, absolument et sans restriction;

2° A l'inverse, il peut, si elle n'est pas fondée, repousser la prétention du nu propriétaire et maintenir l'usufruitier dans tous ses droits, sans aucune restriction;

3° Il peut aussi prendre certaines mesures intermédiaires : *a*) en prononçant une déchéance *partielle*, relativement à tel bien déterminé (Pau, 11 mars, 1893, *D. P.*, 1893, 2, 430); *b*) en accordant au nu propriétaire certaines garanties : par exemple, en ordonnant l'observation des mesures prescrites dans les articles 602 et 603 en vue du cas où l'usufruitier ne donne pas caution, ou bien en décidant que le nu propriétaire reprendra sa chose, mais à charge de verser à l'usufruitier une somme annuelle représentant le profit qu'il eût retiré de sa jouissance, ou enfin en imposant la prestation d'une caution ou un dépôt de titres (art. 618, § 3).

1944. Droits des créanciers de l'usufruitier. — L'article 618, § 2 confère aux créanciers de l'usufruitier le *droit d'intervenir* dans l'instance; leur intérêt est que l'usufruit, qui rentre dans leur gage général, soit maintenu, fût-ce au prix de certaines concessions, de garanties nouvelles; ils offriront au nu propriétaire, afin de sauvegarder la situation, *la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir* (art. 618, § 2).

Le droit d'intervention appartient, non seulement aux créanciers chirographaires, mais aussi aux créanciers ayant hypothèque sur le bien grevé d'usufruit; l'article 618 en distingue pas, et d'ailleurs l'intérêt de ces derniers créanciers est supérieur à celui des premiers; ce qui est en cause, pour eux, ce n'est pas seulement l'efficacité d'un droit de gage général, planant sur l'ensemble du patrimoine, c'est l'existence même d'un droit réel, comportant droit de suite et droit de préférence; car, si l'usufruit prend fin, leur hypothèque qui portait sur lui disparaîtra du même coup; un droit ne saurait survivre à son objet.

1945. IX. **Consolidation.** — *Théoriquement*, il y a consolidation toutes les fois que se produit la « *réunion, sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire* » (art. 617, § 4); mais *pratiquement*, la consolidation ne peut se produire que dans la personne de l'usufruitier, non dans celle du nu propriétaire; car, lorsque le droit de l'usufruitier prend fin, c'est toujours par l'une des causes précédemment énumérées, ordinairement par le décès du titulaire ou par l'arrivée du terme extinctif, en sorte qu'il est sans intérêt de juxtaposer à ladite cause un mode d'extinction générique et parfaitement surérogatoire dans l'espèce. On comprend donc que les jurisconsultes romains, qui étaient avant tout des praticiens, aient limité le fonctionnement de la consolidation aux cas dans lesquels l'usufruitier acquiert la nue propriété.

L'extinction de l'usufruit est alors une nécessité logique : on ne peut pas exercer un démembrement de la propriété sur une chose dont on est le propriétaire : « *nemini res sua servit* », l'usufruit et la nue propriété sont deux droits complémentaires et incompatibles; désormais, l'ex-usufruitier, acquéreur de la nue propriété, jouira de la chose, non comme usufruitier, mais comme plein propriétaire, quel que soit l'événement qui ait déterminé l'acquisition : dévolution successorale, vente, donation.

1946. Effets de la consolidation.

1° La *consolidation*, qui n'est qu'une application particulière de la *confusion*, ne produit un effet extinctif que jusqu'à concurrence de l'impossibilité logique sur laquelle elle repose et dans la mesure strictement indispensable : le droit de l'usufruitier ne peut plus être exercé, mais il en va autrement des droits qu'il avait jadis concédés sur l'usufruit : *hypothèque* ou *gage* notamment. Les titulaires de ces droits conservent leurs garanties intactes, rien ne faisant obstacle à ce qu'il les réalisent comme par le passé. C'est ce qui a fait dire à certains civilistes que la consolidation *n'éteint pas*, à vrai dire, l'usufruit, mais qu'elle le *paralyse* seulement dans la mesure où l'exige cette maxime de bon sens que *nemini res sua servit*;

2° L'extinction, relative et conditionnée, de l'usufruit, n'est pas toujours définitive : l'usufruit, d'abord paralysé, se trouve de revivre, et rétroactivement, lorsque la cause de la consolidation vient à disparaître elle-même avec rétroactivité, par l'effet d'une nullité, d'une rescision, d'une résolution ou d'une révocation, comme si la vente de la nue propriété consentie à l'usufruitier est ensuite rescindée pour cause de lésion : l'usufruit est alors rétabli *ex antiquâ causâ*.

Chapitre II

L'emphytéose

1947. Définition ; idée générale. — Comme l'usufruit, l'*emphytéose* est un droit *réel*, et de *jouissance*, mais il n'a pas un caractère viager; le décès du titulaire n'y met pas fin; ses héritiers le recueillent dans sa succession, comme ils y trouvent ses autres biens.

Par là, l'emphytéose se rapproche d'un autre droit, celui du *preneur d'immeuble* — locataire ou fermier; comme ceux-ci, l'*emphytéote* a droit à la *jouissance* de l'immeuble; comme eux il doit verser une annuité au bailleur, lequel n'est autre, le plus souvent, que le propriétaire même; comme eux enfin, il transmettra son droit à ses héritiers; seulement, tandis que ce droit est un droit *réel immobilier*, celui du preneur n'est qu'un simple *droit de créance*.

Ainsi l'emphytéose, droit réel immobilier, temporaire mais non viager, prend place entre, d'une part l'usufruit, droit réel viager, et d'autre part le droit du preneur, droit de créance héréditairement transmissible : mais les trois caté-

gories sont des *droits de jouissance*, aménagés suivant des conceptions juridiques différentes.

1948. Histoire de l'emphytéose. — L'emphytéose, qui était connue du droit romain en tant que droit réel portant sur la chose d'autrui, fut accueillie par notre ancien droit où elle revêtit une forme particulièrement énergique, puisqu'elle y opérait la décomposition, qui pouvait être définitive, de la propriété en deux parties, le *domaine direct* du constituant et le *domaine utile* de l'emphytéote.

La Révolution, tout en maintenant ce droit, lui fit subir, dans sa structure même, des modifications importantes : désormais, il devient nécessairement temporaire, ne pouvant être établi pour une durée supérieure à 99 ans (L. 18 déc. 1790) ; d'autre part, il est ramené à l'état d'un simple droit réel sur la chose d'autrui; pas plus que l'usufruit, il n'implique plus la décomposition de la propriété en deux parties; l'emphytéote n'a plus de domaine utile; seul, le constituant, le bailleur est propriétaire de l'immeuble (L. 9 messidor an III et 11 brumaire an VII).

Le Code civil ne contient pas un seul mot se référant à l'emphytéose et la question de sa survivance fut posée; très débattue en doctrine, elle fut résolue affirmativement par la jurisprudence qui, respectueuse de la tradition, reconnaissait à l'emphytéote un droit réel immobilier. La question n'existe plus depuis qu'une loi spéciale, celle du 25 juin 1902, est venue réglementer l'emphytéose; elle doit constituer un des fragments du nouveau Code rural (Livre I[er], titre V, intitulé : *du bail emphytéotique*) : on peut dire qu'elle a donné force législative à la jurisprudence antérieure dont elle consacre à peu près toutes les positions, en reconnaissant notamment la *réalité* de l'emphytéose, traitée ainsi qu'un droit réel immobilier portant sur la chose d'autrui.

1949. Comment s'établit l'emphytéose. — La loi du 25 juin 1902 prévoit que l'emphytéose est établie par un contrat de bail d'une nature particulière, le *bail emphytéotique*.

Ce contrat n'est d'ailleurs soumis, quant à la forme, à aucune exigence particulière (art. 3, § 1 de la loi qui renvoie aux règles du Code civil en matière de baux). En fait, un acte écrit est invariablement rédigé; sa nécessité est accrue par l'obligation où se trouve l'emphytéote, s'il veut que son droit soit opposable aux tiers, de faire *transcrire* (L. 23 mars 1855, art. 1[er] — 1° modifié par le décret-loi du

30 octobre 1935) : or, on ne peut évidemment *transcrire* que ce qui a d'abord été *écrit*.

Le bail emphytéotique ne peut être passé que pour une durée maxima de 99 ans et pour une durée minima de plus de 18 ans (L. 25 juin 1902, art. 1er, § 2) ; il ne peut porter que sur un immeuble (ar. 1er, § 1) ; il implique chez le constituant la *capacité* ou le *pouvoir d'aliéner* (art. 2).

On admet couramment — encore que cette opinion soit contestable — que l'opération ne saurait être conclue *qu'à titre onéreux*, moyennant la fixation d'une *redevance* mise à la charge de l'emphytéote; en ce sens, on argumente de cette considération que le législateur a vu dans l'acte constitutif d'emphytéose une variété de bail; or, le bail est un contrat essentiellement onéreux, le preneur devant nécessairement payer un loyer ou un fermage (*Inf.* t. II, n° 1186).

1950. Nature du droit de l'emphytéote. — L'emphytéote a *un droit réel* (art. 1er de la loi), et comme ce droit réel porte toujours sur un immeuble (même texte), il est donc invariablement immobilier.

En conséquence :

1° Le contrat qui établit l'emphytéose est sujet à *transcription* (L. 23 mars 1855, art. 2 — 1°) ;

2° Le droit d'emphytéose est susceptible d'être *hypothéqué* (L. 25 juin 1902, art. 1er, § 1).

3° Il comporte la *saisie immobilière* (même texte).

Nous rappelons que ce droit, qui n'est pas viager, est du moins essentiellement *temporaire* (*Sup.* n° 1948).

1951. Droit de jouissance. — L'emphytéote a la *jouissance* de la chose sur laquelle porte son droit; il en a donc aussi l'*usage*. Il recueille les fruits comme l'usufruitier; il exerce les droits de *chasse* et de *pêche* (art. 12) ; il exploite, comme l'usufruitier, les *mines*, *minières*, etc., précédemment exploitées par le propriétaire (même texte) ; il exerce les servitudes actives comme il doit supporter les servitudes passives dont le fonds est grevé; il peut même acquérir au profit du fonds de nouvelles servitudes comme il peut le grever, par titre, de servitudes passives, *pour un temps qui n'excédera pas la durée du bail et à charge d'avertir le propriétaire* (art. 9) ; son droit de jouissance s'étend aux accroissements acquis par *accession* (art. 10).

Droit de disposition. — Enfin, l'emphytéote a la libre *disposition*, non pas de l'immeuble lui-même, mais du droit dont il est le titulaire; cette prérogative est tellement essentielle que l'insertion d'une clause interdisant au preneur de

sous-louer sans l'autorisation du propriétaire serait à considérer comme exclusive de l'emphytéose, en sorte que le bail en revêtirait la nature d'un bail ordinaire, ne conférant pas à l'occupant un droit réel sur la chose, et cela quand bien même l'opération aurait été conclue pour une longue durée, fût-ce pour 99 ans (Civ. 6 juillet 1931, *S.*, 1931, 1, 376).

1952. Obligations et charges. — En contre-partie de ces prérogatives, l'emphytéote doit payer la *redevance*; acquitter les charges et contributions de l'héritage (art. 8, § 1); effectuer les *réparations de toute nature* sur les constructions qui existaient lors du bail, ainsi que sur celles qui auraient été élevées en exécution de la convention (art. 8, § 2); il ne doit opérer dans le fonds aucun changement qui en diminue la valeur (art. 7, § 1); s'il a fait des *améliorations* ou des *constructions* qui augmentent la valeur du fonds, il ne peut ni les détruire, ni réclamer aucune indemnité (art. 7, § 2).

1953. Comment l'emphytéose prend fin. — Les causes d'extinction sont les suivantes :

1° L'arrivée du *terme* fixé par le bail; c'est le mode d'extinction normal;

2° La *perte* de l'immeuble, perte *matérielle* ou perte *juridique* : au cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique*, l'emphytéote a droit à une indemnité distincte de celle du bailleur (art. 11 de la loi);

3° La *résolution du bail emphytéotique* :

a) Pour *non-paiement de la redevance* pendant *deux années* consécutives; le bailleur peut alors, après une sommation restée sans effet, faire prononcer en justice la résolution du bail, le tribunal ayant d'ailleurs la faculté d'accorder à l'emphytéote un délai, selon les circonstances (art. 5, § 1, et § 3);

b) Pour *inexécution des autres conditions du contrat*, notamment si le preneur a commis sur le fonds des détériorations graves (art. 5, § 2). Ici encore, le tribunal peut accorder un délai.

1954. Comparaison avec l'usufruit. — Certainement, l'emphytéose présente avec l'usufruit de nombreux points de contact : ce sont là *deux droits réels temporaires de jouissance* portant sur la chose d'autrui, et, en thèse générale, la jouissance de l'emphytéote est calquée sur celle de l'usufruitier.

Mais, au-dessous de ces traits communs, s'affirment des divergences plus nombreuses encore :

1° A la différence de l'usufruit, l'emphytéose n'est pas un droit spécifiquement viager;

2° Il n'existe pas d'emphytéose légale; la constitution de ce droit est toujours l'œuvre de la volonté de l'homme;

3° Le bail emphytéotique ne peut porter que sur des immeubles, au lieu que l'usufruit affecte même des choses mobilières; en conséquence, il n'y a rien qui puisse correspondre ici au quasi-usufruit;

4° Il est couramment admis que ce contrat est nécessairement conclu à titre onéreux, tandis que l'usufruit peut être constitué à titre gratuit; c'est donc invariablement en vertu et aux termes de la loi du 23 mars 1855 que le titre constitutif du bail emphytéotique sera soumis à la transcription.

5° A la différence de l'usufruitier, l'emphytéote n'est pas assujetti à fournir caution avant d'entrer en jouissance;

6° Au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'emphytéote peut prétendre à une indemnité distincte de celle du bailleur.

D'une façon générale, les différences sont en faveur de l'emphytéose qui représente un droit plus intense que l'usufruit, dans sa durée, dans son exercice, dans ses attributs.

Chapitre III

Droits de jouissance spécialisés dérivant de certaines concessions (Mines, Sépultures)

1955. — Les concessions établies sur des immeubles faisant partie du domaine public (chemins de fer, canaux, terrains des cimetières) ou sur le domaine particulier créé à l'occasion de la concession d'une mine, font naître, au profit des concessionnaires, des droits dont la nature est très variable : tandis que les concessionnaires d'une *ligne de chemin de fer* ou d'un *canal* n'ont qu'un droit de jouissance, personnel et mobilier, insusceptible d'hypothèque, les concessionnaires d'une mine ou d'une sépulture sont titulaires de droits réels immobiliers.

1956. I. **Droit du concessionnaire d'une mine.** — Jusqu'en 1919, et en vertu de la loi du 21 avril 1810, la mine, concédée *à perpétuité*, représentait une véritable propriété, distincte de la surface, en sorte qu'il y avait, en droit, superposition de deux propriétés immobilières, obéissant à des statuts différents : le concessionnaire était un propriétaire définitif du tréfonds.

La loi du 9 septembre 1919 a modifié cette situation dans un esprit d'étatisation : avec elle ,la concession devient *temporaire*; elle est fixée par le cahier des charges-type à 99 ans pour les gisements de houille ou de lignite, à 50 ans au minimum et à 99 ans au maximum pour les autres gisements (art. 2 — 1°, de la loi). De plus, à l'expiration de la concession et si elle n'est pas renouvelée, la mine revient à l'Etat art. 1er); enfin, pendant la durée de la concession, le concessionnaire est soumis à des obligations nombreuses et étroites, dans toutes les directions (travaux, emploi des bénéfices, auxquels *participe* l'Etat, salaires du personnel, etc.) : il est tenu d'exploiter, à peine d'annulation ou de retrait de la concession (D.-L. du 30 oct. 1935, art. 2 et 3; décret du 6 sept. 1936); il n'est plus maître chez lui; en vérité, il n'est plus chez lui; il a cessé d'être propriétaire.

Il n'est plus désormais que le titulaire d'un droit réel de jouissance, à objectif limité. Ce droit est d'ailleurs un *droit réel immobilier* que la loi de 1919 déclare susceptible d'*hypothèques* (art. 1er, *in fine*).

Aux termes de l'article 5 de la loi, « *l'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce...* ».

1957. II. **Droit du concessionnaire d'une sépulture.**

Sources : Ordonn. 6 déc. 1843; l. 3 janv. 1924; d. 25 avril 1924; l. 24 fév. 1928.

Bibliographie. — Thèses Arbus, Le Balle, Trotabas, 1924, Pelat, 1925.

1958. — Le droit du concessionnaire d'une sépulture n'est ni un droit de propriété *sui generis* (sauf en ce qui concerne les *monuments funéraires*), ainsi qu'on le répète volontiers, ni, à l'inverse, un simple droit de location, comme l'a parfois prétendu l'Administration : il constitue un *droit réel de jouissance*, d'une nature particulière, dont le caractère immobilier est reconnu, par une jurisprudence constante (Req. 7 avril 1857, *D. P.*, 1857, 1, 311; Civ. 12 fév. 1901, *S.*, 1901, 1, 233; Paris, 24 fév. 1893, *D. P.*, 1893, 2, 353, note Planiol; et, pour les décisions récentes, Amiens, 12 juin 1928, *D. H.*, 1928, 500; Besançon, 19 juin 1928, *D. H.*, 1928,

549; Riom. 27 nov. 1928; *D. P.*, 1931, 2, 54; Paris, 2 janv. 1934, *D, H.*, 1934, 169).

Il ressort de ces décisions et de bien d'autres :

1° Que le droit du concessionnaire d'un terrain dans un cimetière est un droit de nature spéciale, qui n'est pas la propriété, ni un droit d'usage, mais un *droit de jouissance avec affectation spéciale*;

2° Que la *nature* de ce droit ne varie pas avec la *durée* de la concession (temporaires, trentenaires, centenaires, perpétuelles); il est toujours *immobilier*;

3° Le concessionnaire est muni d'une action, qu'on qualifie parfois d'action en revendication et qui lui compète tant contre les voisins que contre la commune concédante;

4° Ce droit est *indisponible, du moins à titre onéreux* (Req. 9 juin 1898, *S.*, 1902, 1, 134); il est donc insusceptible d'hypothèque (arrêt précité du 12 juin 1928);

5° L'acte de concession n'est point sujet à la formalité de la transcription (Amiens, arrêt précité);

6° L'interprétation de l'acte de concession appartient aux tribunaux de l'ordre judiciaire (C. d'Etat, 19 mars 1863, *D. P.*, 1863, 3, 35; Besançon, arrêt précité).

DEUXIÈME CATÉGORIE

Les droits réels d'usage

(Usage, Habitation, etc.)

(Art. 625 à 636)

1959. Plan. — Au lieu de renoncer au *jus fruendi*, le propriétaire peut se dépouiller uniquement du *jus utendi*; il constitue, au profit d'un tiers, un droit réel donnant à ce tiers l'usage de la chose.

Le droit ainsi établi, bien que présentant toujours la même nature, est susceptible de varier en étendue et en intensité, d'être plus ou moins *spécialisé* dans son objet et dans ses attributs. On est ainsi amené à distinguer :

1° L'*usage* proprement dit;

2° Certains droits d'usage à objet ou à attributs spécialisés (*habitation*, *chasse* et *pêche*, etc.).

1960. I. Usage. — Définition et caractéristiques. — Comme l'usufruit, l'*usage* est un droit réel, mais qui, historiquement et théoriquement, confère à son titulaire le *jus utendi*, à l'exclusion du *jus fruendi*.

Seulement, ce contraste est bien moins tranché qu'il ne

paraît d'abord, le Code civil accordant à l'*usager* le droit de recueillir les fruits « *pour ses besoins et ceux de sa famille* » (art. 630) ; en sorte que l'usage apparaît, en définitive, comme une réduction de l'usufruit, comme un usufruit familial, ayant un caractère bien plus *strictement personnel* encore que l'usufruit, puisqu'il ne doit bénéficier qu'au titulaire — l'usager — et à sa famille.

1961. Conséquences du caractère personnel de l'usage. — *Différences avec l'usufruit.* — 1° L'usager ne peut pas vendre les fruits du fonds, puisque leur perception ne se justifie juridiquement que par ses besoins personnels et par ceux de la famille (art. 630) ;

2° *Il ne peut pas céder son droit*, lequel constitue un rapport personnel entre le propriétaire et lui-même;

3° Ne pouvant le céder, *il ne peut davantage l'hypothéquer*, car, en principe, seuls les biens qui comportent la vente sont susceptibles d'hypothèque (art. 631) ;

4° Le droit d'usage est *insaisissable* (Civ. 5 août 1878, *D. P.*, 1879, 1, 75) ;

5° L'usager n'a même pas la ressource de donner à bail la chose, le fonds qui sert à son usage; il ne peut que l'utiliser lui-même, directement et personnellement (art. 631).

Ces règles constituent autant de différences entre l'usufruit et l'usage et accusent l'infériorité de celui-ci par rapport à celui-là dont l'énergie est beaucoup plus intense.

Ajoutons qu'au cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique*, l'usager, à la différence de l'usufruitier (*sup.*, n° 1936), a droit à une indemnité distincte (décret-loi du 8 août 1935, art. 35, § 1er).

1962. Affinités entre l'usage et l'usufruit. — 1° L'usage *s'établit* comme l'usufruit (art. 625), mais sous le bénéfice de cette réserve qu'il n'est jamais *légal*;

2° Lorqu'il affecte un immeuble, le titre qui l'a constitué, à titre onéreux ou à titre gratuit, doit être *transcrit* (L. 23 mars 1855, art. 2 — 1°). Il y a seulement lieu de remarquer que, de toute façon, la transcription est requise et demeure gouvernée par la loi du 23 mars 1855, *alors même que le droit aurait été constitué par donation entre vifs*. En effet, le système de transcription du Code civil est ici hors de cause, puisque l'article 939 n'exige la transcription que pour les donations de biens susceptibles d'hypothèque et que, précisément, l'usage répugne à l'établissement de ce dernier droit. Il est donc intéressant de constater, comme nous l'avons déjà fait, que la loi du 23 mars 1855 ne

s'applique pas uniquement aux actes à titre onéreux, mais aussi aux actes à titre gratuit, dans la mesure où le Code civil ne s'en était pas occupé dans les articles 939 et suivants (*sup.*, n^os^ 1729 et 1733). Il ressort de là que le défaut de transcription de l'acte constitutif d'un droit d'usage ne peut jamais être opposé que par les intéressés répondant à la formule de l'article 3 de la loi de 1855, et cela quand bien même la constitution aurait été effectuée par donation entre vifs. Quant au droit d'usage établi par *testament*, il est sujet à publicité, par le jeu d'une *attestation notariée*, depuis le 1^er^ janvier 1936 et en vertu du décret-loi du 30 octobre 1935; il est vrai que l'article 2, nouvelle rédaction, de la loi du 23 mars 1855, a été maintenu tel quel, dans son premier paragraphe, et que ce texte ne reproduit pas la disposition de l'article 1^er^ — 6°, relative aux actes translatifs de propriété immobilière ou de *droits réels susceptibles d'hypothèque*, et à la transcription, pour de tels actes, d'attestations notariées destinées à constater les transmissions *mortis causa*; mais cette lacune est évidemment le résultat d'une omission et il n'existe aucune raison plausible, en présence, d'une part de la généralité de la formule de l'article 2 — 1°, d'autre part de l'assujettissement, depuis la réforme de 1935, des mutations *mortis causa* à la formalité de la transcription, de traiter l'usage testamentaire autrement que l'usufruit constitué par testament; le système institué en 1935 vaut pour le premier de ces droits comme pour le deuxième, étant entendu seulement que le régime de la transcription du Code civil ne sera jamais applicable au droit d'usage qui, étant insusceptible d'hypothèque, échappe à l'emprise de l'article 939; étant rappelé en outre qu'il ne saurait être question de prévoir la transcription d'un droit d'usage constitué par voie successorale, puisque, on vient de le voir, à la différence de l'usufruit, ce droit — et son dérivé l'*habitation* — n'est jamais établi par la loi.

Il va de soi que l'acte ou le jugement *déclaratif* d'un droit d'usage est sujet à transcription par application de l'article 1^er^ — 5° qui, comme l'article 1^er^ — 6°, vise tous droits immobiliers, sans distinguer selon qu'ils comportent ou non l'hypothèque;

3° L'usage comporte les mêmes *causes d'extinction* que l'usufruit (art. 625); notamment, il s'éteint nécessairement par le *décès* de l'usager; il a un caractère *viager*;

4° L'usager est soumis aux mêmes obligations et aux mêmes charges que l'usufruitier :

a) L'article 626 veut qu'il donne *caution* et qu'il *fasse état* et *inventaire* des biens sur lesquels porte son droit;

b) L'article 627 lui impose l'obligation de jouir en *bon père de famille*;

c) L'article 635 lui impose les charges dites *usufructuaires* — frais de culture, réparations d'entretien, paiement des contributions — proportionnellement à sa jouissance : donc, intégralement s'il absorbe tous les fruits du fonds, jusqu'à concurrence du quart s'il ne consomme que le quart des fruits, etc.

1963. II. **Droits d'usage spécialisés.** — Nous citerons dans cet ordre d'idées :

1° Le droit dit d'*habitation*, qui n'est autre chose que le droit d'usage portant sur une *maison* et qui se constitue par des modes identiques (pour la *prescription*, voy. Trib. civ. Melun, 2 avril 1925, *D. P.*, 1927, 2, 59) ; la nature et les effets en sont indiqués dans les articles 625 et suivants; ce sont ceux de l'*usage* lui-même;

2° Les droits de *chasse* et de *pêche* peuvent être établis par *droit de location*, en vertu d'un *contrat de bail* : ce sont alors de simples droits de créance; mais il est possible de les élever au rang de *droits réels*, établis, sinon au profit d'un fonds (*Inf.*, n° 1970), du moins en faveur d'une ou de plusieurs personnes, et alors ils représentent une variété d'usages viagers (Maurice Picard, n° 883) ;

3° On imagine et on voit fonctionner un droit d'usage sur un *four*; le droit d'user d'un four pour faire cuire le pain nécessaire à la consommation familiale, revêt le caractère d'un droit réel et assure donc à son titulaire la protection possessoire (Civ. 15 fév. 1926, *D. P.*, 1927, 1, 8 et la note).

Troisième catégorie

Les Servitudes

1964. Sources. — C. civ., livre II, titre IV, art. 637 et suiv.

Bibliographie. — Pardessus, *Traité des servitudes;* Maurice Picard, *Les biens*, dans le *Traité pratique de droit civil*, de Planiol et Ripert, t. III, n^{os} 886 et suiv.; Kornprobst, *La notion de servitude en droit privé*, 1937, avec préface de M. Radouant.

Plan. — 1° *Généralités*;
2° *Classifications*;
3° *Etablissement* des servitudes;
4° *Exercice* des servitudes;
5° *Extinction*.

CHAPITRE PREMIER

Généralités

1965. Terminologie. — Les servitudes sont parfois qualifiées de *prédiales*, ou de *foncières*, ou de *réelles*, afin de les différencier de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation où l'on voit traditionnellement des servitudes *personnelles*, parce qu'attachées à la personne du titulaire, tandis que les droits dont nous abordons l'étude sont attachés à des fonds. Il vaudrait mieux rompre délibérément avec ces habitudes de langage et réserver le nom de servitudes tout court aux charges établies sur un fonds et au profit d'un autre fonds : l'exemple est donné par le Code civil lui-même dont le titre IV du livre deuxième est intitulé « *Des servitudes ou services fonciers* ».

1966. Exemples. — Avant même de définir la servitude, il est bon de fixer les idées abstraites par des exemples :

1° Les deux fonds A et B sont voisins; chacun des propriétaires est, en principe, maître chez soi, mais ne saurait exercer aucune emprise sur le fonds contigu; ainsi, il n'a pas le droit de passer sur ce fonds. Mais cette indépendance souveraine et réciproque peut être entamée, notamment par une convention; il sera stipulé que les propriétaires du fonds A auront, *en cette qualité*, droit de passage sur le fonds B, qui sera dès lors grevé d'une servitude. Le fonds A, dans l'intérêt duquel la servitude est établie et fonctionne, s'appelle *fonds dominant*; le fonds B, qui supporte la charge, est qualifié de *fonds servant* ou *fonds assujetti;*

2° Chacun des propriétaires peut, en droit commun, élever des constructions, ou effectuer des plantations sur son fonds, à son gré, pourvu qu'il respecte les règlements et qu'il n'ait pas pour but de nuire à autrui, mais qu'il obéisse à un *intérêt sérieux et légitime* (*sup.*, n^{os} 1474 et suiv.). Ce droit commun peut être écarté au moyen de l'établissement d'une *servitude de ne pas bâtir* ou *de ne pas planter*, qui pèsera sur le fonds B et dans l'intérêt du fonds A.

1967. Définition. — On peut maintenant comprendre la définition que le Code civil donne de la servitude dans l'article 637 : c'est « *une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ».

Cette définition, soigneusement analysée, accuse les caractères essentiels de la servitude.

1968. Caractères de la servitude, tels qu'ils se dégagent de l'article 637.

Premier caractère. — La servitude est une *charge*. Elle implique donc nécessairement une gêne pour le fonds servant, une diminution des droits du propriétaire de ce fonds qui n'est plus maître chez lui dans les termes du droit commun, mais qui doit subir la volonté, l'empiétement d'autrui; il n'y a pas, à vrai dire, dissociation de la propriété et il est excessif de voir dans la servitude un *démembrement* de celle-ci qui se trouve simplement écornée (*sup.*, n° 1854).

Ce premier élément de la définition nous conduit à dénier le caractère des servitudes aux obligations établies par la loi entre propriétaires voisins, en matière de plantations et de vues notamment; outre que ces obligations ont un caractère de réciprocité qui cadre mal avec la notion de servitudes, elles tendent, non pas à restreindre les droits d'un propriétaire foncier au profit du voisin, mais à réaliser un *modus vivendi* équitable entre fonds contigus; non pas à permettre à un propriétaire de faire acte de maître sur l'héritage voisin, mais, tout au contraire, à faire que chacun reste chez soi et n'empiète pas sur le terrain ou sur le jour d'autrui (*sup.*, n^{os} 1495 et suiv.).

1969. — *Deuxième caractère.* — La charge, qu'implique toute servitude, doit être imposée *sur un héritage*; cette formule a une double moralité :

1° La charge doit être imposée à une chose et *non à une personne*; l'article 686 s'en explique d'ailleurs plus formellement encore que l'article 637; sans doute, on peut toujours assumer une obligation envers autrui, mais cette obligation, simple rapport personnel, ne doit pas revêtir l'aspect d'une servitude; on ne peut pas faire en sorte que les propriétaires successifs d'un fonds en soient personnellement tenus, indéfiniment et *en cette qualité*; ainsi se trouvent condamnées, les anciennes *corvées féodales* qui asservissaient une lignée d'individus, en tant que propriétaires de fonds déterminés, au profit d'une autre lignée, à qui appartenait un héritage dominant; la terre peut bien être serve, mais non pas la personne à qui elle appartient;

2° Ce n'est pas une chose quelconque qui est à même de supporter une servitude, mais seulement un *héritage*, c'est-à-dire un *immeuble par nature*, à l'exclusion des meubles, *même immobilisés par destination*, et aussi des *immeubles*

incorporels, voire même des *arbres*, cependant immeubles par nature, mais dont la vie n'est pas assez longue pour se prêter à l'établissement d'un rapport juridique définitif (Req. 6 avril 1841, *S.*, 1841, 1, 414, *D. P.*, 1841, 1, 214).

Il reste donc, comme susceptibles de servitudes, le sol et les constructions qui y sont élevées, *pourvu qu'elles aient le caractère immobilier :* ce sont bien là, au sens traditionnel du mot, les *héritages*, c'est-à-dire la *propriété foncière*.

1970. — *Troisième caractère.* — La servitude est établie au profit d'un *héritage*, donc d'une propriété foncière, bâtie ou non. Les choses se passent comme si cet héritage, ce *fonds dominant* était le véritable titulaire de la servitude; c'est pour lui, pour son *usage* ou pour son *utilité*, que celle-ci doit être établie; les jurisconsultes romains exprimaient cette idée en disant que les servitudes sont des *qualités* du fonds dominant auquel elles adhèrent étroitement; c'est seulement ès qualités que le propriétaire en bénéficie.

De là résultent les conséquences suivantes :

1° La servitude n'est aucunement influencée par les changements de propriétaires du fonds dominant; quel que soit le propriétaire actuel, il agira en tant que représentant du fonds, véritable titulaire de la servitude;

2° La servitude dure, en principe, autant que les fonds entre lesquels elle est établie; elle est *perpétuelle*, sauf cependant lorsqu'elle émane d'un emphytéote (*sup.* n°1951).

3° Une servitude ne saurait être établie que dans l'intérêt d'un fonds, jamais dans celui d'une personne; un droit ne peut être dévié de sa destination; or, la destination d'une servitude est de servir à un fonds, non à un individu (art. 637 et 686). On ne pourrait donc pas élever au rang de servitude un service qui profiterait uniquement à la personne du propriétaire, ou même qui profiterait à la personne plutôt qu'au fonds lui-même : droit de se promener dans le jardin d'autrui, d'y cueillir des fleurs, et même droits de *chasse* et *pêche*, de l'avis, tout au moins, de la Cour de cassation qui estime que « ... la concession d'un droit de chasse ne saurait avoir le caractère d'une servitude réelle, ... le profit ou l'agrément que ce droit peut procurer ne concerne que le propriétaire du fonds en non le fonds lui-même » (Crim. 5 janv. 1907, *S.* 1912, 1, 419; 9 janv. 1891, *D. P.* 1891, 1, 89, rapport Sallantin, Req. 14 nov. 1932, *S.* 1932, 1, 388, *D. H.* 1932, 586). Cette dernière proposition est sujette à caution, car on imagine parfaitement que la concession d'un droit de chasse et de pêche augmente

véritablement la valeur d'un fonds. Mais la sévérité de la jurisprudence ne présente guère d'inconvénients, les droits dont il s'agit pouvant, soit être donnés à *long bail* (jusqu'à 99 ans), soit faire l'objet d'un droit d'*usage* (*Sup.* n° 1963).

1971. Directive essentielle et conséquences. — En somme, dans la conception traditionnelle, qui est demeurée celle du Code civil, les servitudes sont des *rapports juridiques entre deux fonds*; sans doute, philosophiquement, l'idée ne tient pas : c'est pour des personnes que sera la gêne, comme c'est pour d'autres personnes que sera le profit; mais, *juridiquement*, cette position est très commode et rend parfaitement compte des règles essentielles; du moment que la relation existe entre les deux fonds :

1° Le droit dont s'agit est nécessairement un droit *réel*, opposable à tous;

2° C'est un droit réel *immobilier* puisqu'il s'incruste en quelque sorte dans un *héritage*;

3° C'est un droit *perpétuel*, puisqu'il est établi entre deux éléments eux-mêmes perpétuels, les deux héritages;

4° C'est un droit *incessible* : on ne conçoit pas que l'un des termes puisse être modifié;

5° En conséquence, c'est un droit qui ne peut être ni *hypothéqué*, ni *saisi*, puisque l'hypothèque et la saisie tendent à la vente, et à la vente publique de la chose, laquelle serait pratiquement absurde : on n'imagine pas qu'une servitude de ne pas bâtir soit mise aux enchères; précieuse pour le fonds dominant actuel, elle serait sans valeur pour un héritage éloigné du fonds servant.

1972. — 6° Les servitudes sont *indivisibles*, ce qui signifie qu'elles profitent nécessairement au fonds dominant tout entier, et qu'elles grèvent le fonds assujetti, dans son intégralité. En conséquence, un fonds indivis ne saurait acquérir ni comporter une servitude en dehors de l'assentiment de tous les copropriétaires; et, à l'inverse, son extinction implique un accord unanime (art. 700, 709 et 710; Req. 26 fév. 1912, *D. P.*, 1913, 1, 365) : en pareille matière, c'est tout ou rien.

1972*bis*. Servitude ou obligation. — Il est parfois difficile de discerner si tel rapport juridique a la valeur d'une servitude ou s'il représente, de la part et à la charge de celui qui l'assume, un simple engagement personnel : les juges du fond tranchent souverainement ce problème, à l'occasion

de chaque espèce, sous la seule réserve de ne point dénaturer les contrats qu'ils ont la mission d'interpréter; ils peuvent donc, en présence d'une clause insérée dans un acte de vente et d'après laquelle l'acquéreur d'un terrain se voit interdire d'y édifier un immeuble qui ne serait pas à destination d'habitation bourgeoise, estimer qu'il n'en ressort pour lui qu'un engagement personnel, à l'exclusion d'une servitude instituée pour l'usage ou l'utilité des fonds voisins (Civ. 29 mars 1933, *D. H.*, 1933, 282).

CHAPITRE II

Classification des servitudes

1973. — Les servitudes, qui offrent des types très variables, sont à classer soit d'après leur *origine*, leur *mode d'établissement*, soit en considération de leur *objet*, de leur *mode d'exercice*.

I. *Classification tirée de l'origine, du mode d'établissement des servitudes.* — On distingue, sous cet angle, les servitudes *naturelles*, les servitudes *légales* et les servitudes *établies par le fait de l'homme* (art. 639). Nous retrouverons cette division en nous occupant du mode d'établissement des servitudes; dès maintenant, nous signalons un intérêt qui s'y rattache : il ne saurait être question de *transcription* pour les servitudes appartenant aux deux premières catégories, mais seulement pour celles qui sont établies par le fait de l'homme; d'autre part, les servitudes naturelles, à la différence de nombreuses servitudes légales ou des charges constituées par la volonté de l'homme, existent et fonctionnent en dehors de toute indemnité à la charge du fonds dominant.

1974. — II. *Classifications tirées de l'objet des servitudes, de leur mode d'exercice* :

1° En droit romain, la division capitale était faite, à cet égard, entre les servitudes *urbaines* et les servitudes *rurales* : dans notre droit, elle est devenue sans aucun intérêt et ne doit plus être mentionnée que pour mémoire, comme le fait le Code civil dans l'article 687;

2° Suivant leur objet, les servitudes sont *positives* ou *négatives* : positives, lorsqu'elles permettent au propriétaire du fonds dominant de faire acte de maître sur le fonds servant (servitude de *passage*, de *puisage*, de *pacage*); négatives, lorsqu'elles se ramènent à une abstention imposée au propriétaire du fonds servant dont les prérogatives se trouvent

ainsi paralysée de façon exceptionnelle (servitude de ne pas bâtir) ;

3° « *Les servitudes sont ou continues, ou discontinues* » (art. 688, § 1) : *continues*, si elles s'exercent sans le fait *actuel* de l'homme et pour ainsi dire d'elles-mêmes, une fois établi l'état de choses qu'elles impliquent; par exemple, la servitude d'*aqueduc* : une fois aménagées les conduites d'eaux nécessaires à l'exercice de cette charge, la servitude fonctionne en dehors d'actes successifs de la part du propriétaire du fonds dominant; il faut en dire autant de la servitude de *vue*, laquelle résulte du seul état des lieux et s'exerce sans le fait actuel de l'homme (Req. 29 nov. 1933, *D. H.*, 1934, 3) ; il est d'ailleurs possible que la servitude continue n'implique la confection d'aucun ouvrage, telle celle de ne pas bâtir; — *discontinues* lorsque l'exercice suppose, de la part du propriétaire du fonds dominant, une intervention répétée, des actes fréquents et successifs : telle une servitude de passage, ou de puisage, ou de pacage, ou d'abreuvage (art. 688, §§ 2 et 3) ; les servitudes discontinues sont des servitudes à utilisation intermittente;

4° Les servitudes sont *apparentes* ou *non apparentes*; les premières « *s'annoncent par des ouvrages extérieurs* », une porte, une fenêtre, un aqueduc (art. 689, § 2) ; les autres n'ont pas de « *signe extérieur de leur existence* » (art. 689, § 3), comme la servitude de ne pas bâtir ou de ne pas dépasser une hauteur déterminée. On remarquera que la même servitude sera, suivant son mode d'aménagement, apparente ou non apparente : telle celle de passage, suivant que des mesures apparentes ont été prises ou non pour assurer au fonds dominant accès sur le fonds servant (porte, barrière, sentier, chemin).

Les deux dernières divisions présentent des intérêts au point de vue des modes d'établissement, à l'étude desquels nous arrivons maintenant.

Chapitre III

Modes d'établissement des servitudes

1975. — Nous retrouverons ici la classification tripartite de l'article 639 : les servitudes sont *naturelles* ou *légales* ou établies par *le fait de l'homme*.

La première catégorie est fort pauvre : on ne cite généralement comme dérivant de *la situation naturelle des lieux* (art. 639), que la servitude d'*écoulement des eaux* de l'ar-

ticle 640, servitude particulièrement nécessaire, car, sans elle, ce serait le fonds supérieur qui se trouverait à son tour grevé d'une servitude écrasante, voire irréalisable, consistant à absorber instantanément ses propres eaux, et, entre autres, les eaux pluviales. En fin de compte ,la charge consiste, pour le propriétaire du fonds inférieur, à ne point élever d'ouvrages, de digues faisant obstacle à l'écoulement naturel des eaux (art. 640, § 2; *sup.*, n° 1461).

Laissant désormais de côté cette catégorie de servitudes — ou plutôt cette servitude, tellement naturelle qu'elle s'exerce sans aucune indemnité pécuniaire mise à la charge du fonds supérieur, — nous ne retiendrons, pour cette étude, que les deux catégories des servitudes constituées, les unes par la volonté du *législateur*, les autres par celle des *particuliers*.

Section I. — LES SERVITUDES LÉGALES

1976. — Les servitudes *légales* sont énumérées et décrites dans les articles 649 à 685; elles sont instituées soit dans un *intérêt public*, soit dans un *intérêt privé*.

§ I. — SERVITUDES LÉGALES D'INTÉRÊT PUBLIC

1977. — Une énumération brève et simplement énonciative sera suffisante, car ces charges, qui se multiplient à mesure que la vie se socialise et que les droits de l'individu reculent devant les exigences de la chose publique, relèvent du droit *administratif*, non du droit civil (V. Kornprobst, *op. cit.*). Les intérêts à sauvegarder sont :

1° Des intérêts *militaires* : interdiction de construire dans la *zone militaire*, à moins d'une certaine distance des forts et des places de guerre;

2° Les intérêts des *voies de communication ferrées, fluviales, terrestres* ou *aériennes* et des *transports* qui doivent y être effectués librement : distances imposées, par rapport aux voies ferrées, pour la construction de murs de clôture, pour le dépôt de matériaux ou d'objets inflammables (L. 15 juill. 1845, art. 5 à 11); servitude de *halage*, de *marche-pied*, le long des rivières navigables ou flottables (L. 8 avril 1898, art. 46 et suiv.); interdiction d'ouvrir des *carrières* et de pratiquer des *fouilles* à proximité des voies publiques (D. 12 fév. 1892); servitudes relatives aux *plantations* (L. 9 ventôse an XIII), au *rejet* des fossés (même loi : D. 16 déc. 1811; L. 12 mai 1825, art. 2); servitudes spéciales, dites « *servitudes de visibilité* » consistant notamment dans l'in-

terdiction de bâtir, de planter au-dessus d'un certain niveau (D.-L. du 30 oct. 1935, relatif aux *servitudes de visibilité*); servitudes à la charge des terrains nécessaires à l'amélioration des routes nationales (D.-L. 30 oct. 1935); « *servitudes dans l'intérêt de la navigation aérienne* », créées et aménagés par la loi du 4 juillet 1935 : le titre I^er^, consacré aux *restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété et des droits de jouissance sur les fonds voisins de certains aérodromes et de certaines bases d'hydravions*, institue, aux abords des aérodromes publics et des bases publiques d'hydraviation, ainsi qu'aux abords des aérodromes privés appartenant à des collectivités et ouverts à la circulation aérienne publique en vertu d'une décision du ministre de l'Air, des servitudes spéciales dont la signification et l'assiette sont déterminées dans les articles 2 et suivants de la loi et qui consistent essentiellement dans l'interdiction de créer ou de conserver des obstacles fixes dépassant une certaine hauteur, laquelle varie selon les zones distinguées par la loi; ces interdictions cessent de s'appliquer à une distance de deux kilomètres à compter des limites extérieures de l'aérodrome ou de la base d'hydravions; cependant, cette distance est portée à quatre kilomètres lorsqu'il s'agit de ports aériens, d'aérodromes ou de bases d'hydraviation à grand trafic (art. 3).

Il est spécifié que les propriétaires, lésés de façon actuelle et certaine, par l'établissement des servitudes dans l'intérêt de la navigation aérienne, auront droit à une indemnité qui, à défaut d'accord amiable entre les intéressés et le ministre de l'Air, sera fixée par les tribunaux de l'ordre judiciaire (art. 9).

Il est à noter que ces servitudes sont instituées par décret approuvant le plan d'aménagement dressé par le ministre de l'Air, après enquête, avis des conseils municipaux des communes intéressées, etc.; elles sont supprimées ou modifiées par décrets pris dans les mêmes formes (art. 6 de la loi, et l. 3 juill. 1937).

Le titre II de la loi permet au ministre de l'Air, sur toute l'étendue du territoire français, de prescrire le balisage de jour et de nuit, ou de jour seulement, de tous les obstacles jugés dangereux pour la navigation aérienne (art. 11);

3° Les intérêts du transport de l'*énergie hydro-électrique* : servitudes d'*appui*, de *passage des conducteurs aériens* au-dessus des propriétés privées, de *canalisation souterraine*, d'*ébranchage* (L. 15 juin 1906 sur *les distributions d'énergie*, mod. par la loi précitée du 4 juill. 1935, art. 12);

4° Les intérêts *forestiers* : création d'un périmètre de protection comportant certaines servitudes (C. for., art. 151-158);

5° Les intérêts des *sources d'eaux minérales* (L. 14 juill. 1856 sur *la conservation et l'aménagement des sources d'eaux minérales*).

§ II. — SERVITUDES LÉGALES D'INTÉRÊT PRIVÉ

(Servitude de passage en cas d'enclave)

1978. Conception abusive du Code civil. — On trouve dans le chapitre II, aux articles 649 et suivants, et sous la rubrique « *Des servitudes établies par la loi* », toute une série de réglementations se référant à de prétendues servitudes légales qui, dans la réalité juridique, ne sont pas des servitudes du tout. Nous nous sommes expliqués par deux fois à ce sujet en ce qui concerne les *obligations de voisinage* (distance à observer pour les plantations et pour les vues ainsi que pour certaines constructions, *sup.*, n^os^ 1495 et suiv., 1968) ; nous ne reviendrons pas sur la démonstration précédemment fournie : les rapports de voisinage, tels qu'ils sont réglés par la loi dans les articles 674 et suivants, sont matière à *obligations*, à *engagements* (voy. les art. 651 et 1370, § 3), et non pas à servitudes.

La même observation est de mise pour les *clôtures mitoyennes* (art. 653 et suiv.) ; ce n'est que par un abus de langage et en se servant d'expressions impropres que l'on peut voir une servitude dans l'obligation qui incombe au propriétaire d'un mur élevé à la limite du fonds, d'en céder la copropriété à son voisin immédiat; obligation réciproque et qui n'implique nullement la subordination de l'un des deux fonds par rapport à l'autre; à ce compte, l'obligation qui, en droit commun, incombe à tout copropriétaire d'une chose partageable de subir le partage sur la demande d'un de ses consorts, se présenterait, elle aussi, sous l'aspect d'une servitude, et, en thèse générale, on en pourrait dire autant de toutes les obligations nées à l'occasion de deux propriétés foncières avoisinantes. Il y a là une sorte de *mystique*, qui conduirait à voir des servitudes partout, et contre laquelle il importe de réagir, ne fût-ce que pour le rétablissement des véritables principes et pour le respect de la définition que le Code civil lui-même nous donne des servitudes dans l'article 637 dont nous avons précédemment fourni le commentaire.

1979. Véritables servitudes légales. — Les véritables servitudes légales d'*intérêt privé* sont : 1° celles qui sont

relatives au *régime des eaux*; 2° la servitude de *passage en cas d'enclave* (art. 688 et suiv.).

Les premières ont été étudiées à propos de l'analyse du droit de propriété et des prérogatives du propriétaire foncier (*sup.*, n^os^ 1461 et suiv.) : nous n'y reviendrons pas.

Mais nous devons nous expliquer sur la servitude de passage en cas d'enclave.

1980. Servitude de passage en cas d'enclave (art. 682 et suiv., modifiés par L. 20 août 1881). — *Définitions* : l'*enclave* est la situation d'un fonds qui n'a, sur la voie publique, aucune issue ou qu'une issue insuffisante pour son utilisation; on dit alors que ce fonds est *enclavé*; sa situation est intolérable et lui enlève toute ou presque toute valeur si le législateur n'intervient pas pour l'améliorer, pour faire cesser l' « embouteillage » dont il souffre; et c'est précisément ce qu'il fait en instituant la servitude dite *de passage en cas d'enclave* : le propriétaire du fonds enclavé pourra exiger, moyennant indemnité, du ou des propriétaires des fonds *enclavants*, même s'ils font partie du domaine public (Poitiers, 21 juillet 1931, *S.*, 1931, 2, 229), un passage suffisant jusqu'à la voie publique.

1981. I. Conditions d'existence de la servitude de passage.

1° Il faut que le fonds prétendument enclavé soit sans issue sur la voie publique, ou du moins qu'il n'ait qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit *agricole*, soit *industrielle*, de sa *propriété* (art. 682); la poursuite, par un propriétaire foncier, d'une simple commodité, d'un avantage particulier, ne suffirait pas à justifier de sa part une requête de passage à titre d'enclave (Montpellier, 4 mars 1935, *S.*, 1935, 2, 239) : seul, l'état de nécessité est constitutif de l'état d'enclave (même arrêt). Le point de savoir si l'issue sur la voie publique est insuffisante est surtout une question de fait dont la solution appartient exclusivement aux juges du fond (Req. 27 avril 1881, *S.*, 1881, 1 , 295).

2° Il faut qu'aucun obstacle particulier ne s'oppose à la prétention du propriétaire du fonds enclavé; on peut supposer, en effet, que l'enclave est *son fait volontaire*; il a, par exemple, élevé une construction qui intercepte l'accès du sentier conduisant à la voie publique (Req. 16 mars 1870, *S.*, 1870, 1, 192, *D. P.*, 1870, 1, 421);

3° Le passage peut être demandé par le *propriétaire* du fond enclavé, ou par l'*usufruitier*, l'*usager*, l'*emphytéote*, titulaires de droits réels, mais non par un fermier ou par

un locataire, lesquels en sont réduits à s'adresser au propriétaire pour obtenir la constitution de la servitude (Civ. 16 juin 1880, *S.*, 1880, 1, 456, *D. P.*, 1880, 1, 428);

4° Enfin, il est indispensable que le requérant verse une *indemnité*, fixée, amiablement ou par experts, soit sous la forme d'un capital, soit sous celle d'une redevance annuelle; on n'exige pas qu'elle soit remise à l'avance; elle *n'est pas préalable*, comme elle l'est en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (Req. 15 juin 1875, *S.*, 1876, 1, 349, *D. P.*, 1876, 1, 502).

1982. II. **Aménagement de la servitude de passage.** — La servitude existe de plein droit, *de plano*, puisqu'elle est *légale*; mais encore faut-il en fixer le mode d'exercice, en déterminer l'*assiette* : où, sur quelle bande de terrain sera-t-elle *localisée*?

L'article 683 pose, à cet égard, la double directive suivante :

1° En principe, le passage doit être « *pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique* »;

2° Cependant, aux termes du deuxième alinéa du même texte, « *il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé* ».

Le tribunal n'est donc point obligé, en cas de contestation, de suivre la ligne droite : il doit faire pour le mieux, « en tenant compte du moindre dommage, des circonstances et de la situation des lieux » (Civ. 3 mai 1930, *S.*, 1930, 1, 291); et, par exemple, il n'hésitera pas à suivre un itinéraire allongé afin de contourner des constructions qui, dans la combinaison de la ligne droite, devraient être démolies; les intérêts des deux parties coïncident d'ailleurs assez souvent dans des cas analogues, le propriétaire du fonds enclavé étant partisan de la combinaison la plus économique pour lui, donc la moins dommageable pour la partie adverse. Lorsque les intérêts sont divergents, le juge doit tenir compte aussi bien de ceux du fonds enclavé que de ceux du domaine assujetti.

1983. — Mais ses pouvoirs ont des limites, même dans le cadre des deux directives données par l'article 683.

1° Le passage doit s'exercer *à la surface*, non au moyen d'un passage souterrain; l'article 682 parle d'un passage *sur* les fonds voisins, non au-dessous (Req. 10 nov. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 83, *S.*, 1893, 1, 341, rapport Rivière; — *contra*, A. Besson, note citée *infra*); on se demande s'il pourrait emprunter la voie aérienne et, sur ce dernier point, l'opi-

nion dominante est favorable à l'affirmative (Civ. 24 fév. 1930, *S.*, 1930, 1, 297, note de Mme Béquignon-Lagarde, *D. P.*, 1932, 1, 9, note de A. Besson; Trib. civ. Saint-Jean-de-Maurienne, 24 nov. 1904, *D. P.*, 1906, 2, 37);

2° Lorsque « *l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes* ». On ne veut pas que les intéressés, par exemple les copartageants, puissent rejeter sur les voisins les inconvénients d'une situation qu'ils ont eux-mêmes créée; l'enclave est leur *fait volontaire*; il leur appartient d'aviser par leurs propres moyens. C'est seulement s'il est impossible de faire autrement que le passage pourra être requis par eux sur les fonds voisins (art. 684, §§ 1 et 2).

1984. Rôle de la prescription. — Il est à noter qu'aux termes de l'article 685, l'assiette et le mode de la servitude de passage peuvent être déterminées par la *prescription trentenaire* : l'*assiette*, c'est-à-dire le lieu où elle s'exerce; le *mode*, c'est-à-dire la façon de passer. Si, pendant trente ans, le propriétaire du fonds enclavé a suivi un itinéraire donné et s'il y a fait passer chevaux, voitures et bétail, il a un droit acquis à continuer. Ce n'est d'ailleurs pas à dire que la prescription conduise à l'acquisition de la servitude elle-même, laquelle ne peut résulter que de la loi; elle en détermine seulement les modalités, la manière d'être, soit initialement, soit par voie de modification à la convention des parties : l'assiette primitive et conventionnelle peut être déplacée par l'effet d'une possession différente, prolongée pendant trente ans (Civ. 13 août 1889, *S.*, 1889, 1, 481, *D. P.*, 1890, 1, 309).

Section II. — LES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME

1985. Division. — Il résulte des articles 686 et suivants, que la loi admet et organise trois modes d'établissement des servitudes du fait de l'homme :

1° Le *titre*;

2° La *prescription acquisitive*;

3° La *destination du père de famille*.

Le premier de ces modes dépasse de beaucoup en importance pratique les deux autres, dont le fonctionnement est d'ailleurs limité, on le verra, à certaines catégories de servitudes.

§ I. — ACQUISITION DES SERVITUDES PAR TITRE

1986. Généralités. — Le *titre* dont il s'agit ici est un *acte juridique*, un *negotium*, et non pas un écrit.

Cet acte juridique peut être soit une *convention*, soit un *testament*.

1° Une *convention* : il est convenu entre le propriétaire du fonds A et le propriétaire du fonds B qu'une servitude de passage sera établie au profit du premier des ces héritages et sur le second. L'opération peut d'ailleurs être conclue soit à *titre gratuit* (elle constitue alors une *donation entre vifs*), soit à *titre onéreux*, le propriétaire du fonds assujetti se faisant alors concéder certains avantages en retour de l'établissement de la charge dont son fonds se trouve désormais grevé;

2° Un *testament* : dans ses dispositions de dernière volonté, le propriétaire du fonds B déclare que ce domaine sera grevé d'une servitude au profit du fonds A. Le propriétaire de ce dernier fonds prend alors qualité de *légataire*; il bénéficie d'un legs de servitude : l'immeuble B ne sera transmis aux héritiers du testateur que déduction faite de la servitude ainsi établie.

1987. — Il est essentiel de noter que *toutes les servitudes* sont susceptibles d'être constituées par titre entre vifs ou testamentaire, quelle que soit la catégorie dont elles relèvent (arg. art. 690 et 691) : ce mode d'établissement présente donc une *généralité d'application* absolue.

1988. Formes. — La forme à observer est celle de l'acte auquel on a recours pour établir la servitude : *donation*, *testament*, etc. La constitution entre vifs *à titre onéreux* peut se faire par acte *sous seing privé*, voire même verbalement (Req. 16 déc. 1863, *D. P.* 1864, 1, 215, *S.* 1864, 1, 125; Civ. 18 déc. 1927, *Rev. trim.*, 1928, p. 178; 25 mars 1935, *D. H.* 1935, 301), réserve faite des difficultés de preuve qui seraient alors difficilement surmontables; l'établissement d'une servitude peut encore être *tacite* : on l'induit de la combinaison des clauses d'un contrat (Req. 13 fév. 1877, *S*, 1877, 1, 296, *D. P.* 1878, 1, 259). En un mot, le *titre* exigé par la loi dans l'art. 691, est un *negotium*, non un *instrumentum* (note PLANIOL, *D. P.* 1891, 1, 97).

1989. Preuve. — Le droit commun est applicable à la preuve de l'existence d'une servitude qui s'administre donc soit par *écrit* et au moyen de l'acte constitutif, soit par *témoins*, ou *par présomptions* s'il existe un commencement de preuve par écrit ou si l'intérêt en jeu n'excède pas 500 francs, ce qui sera rare (Civ. 28 janv. 1874, *D. P.* 1876, 1, 123), soit enfin par l'*aveu* (Civ. 25 mars 1935, *S.* 1936, 1, 97, note P. Esmein) ou par le *serment*. L'article 695, en donnant force de preuve au « *titre récognitif de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi* », se réfère à une forme particulière d'aveu fait par le propriétaire du fonds servant.

1990. Transcription. — Au point de vue de la transcription, l'acte constitutif de servitude est traité comme l'acte constitutif d'un droit d'usage , et fort logiquement, car il s'agit, dans les deux cas, d'actes établissant des droits réels immobiliers insusceptibles d'hypothèques. En conséquence :

1° Si l'acte constitutif est un *testament*, la transcription portera sur une *attestation notariée* qui aura dû être dressée par application — ou par interprétation — de la disposition de l'article 1er — 6°, nouvelle rédaction, de la loi du 23 mars 1855 (V. ce qui a été dit pour l'usage constitué par testament, *sup.*, n° 1962) ;

2° Si la servitude a été constituée par *acte entre vifs*, la transcription est *invariablement* requise en vertu de l'article 2 — 1° de la loi du 23 mars 1855 qui soumet à l'observation de cette formalité « *tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation* »; elle ne l'est jamais par application des articles 939 et suivants du Code civil, lesquels ne visent que les donations entre vifs portant sur des biens susceptibles d'hypothèques; or, les servitudes ne peuvent pas être hypothéquées (art. 2118). Mais il est admis que l'article 2 — 2° de la loi de 1855 est conçu dans des termes assez larges pour englober même les actes de constitution de servitude à titre gratuit : cette loi est *ampliative* des dispositions du Code civil relatives à la transcription des donations; elle contient le *droit commun* de la transcription (*sup.*, nos 1729 et 1733).

On sait quel intérêt il y a à constater que la transcription d'un acte est requise d'après le Code civil ou en vertu de la loi de 1855 : les personnes qualifiées pour invoquer le défaut de transcription ne sont point les mêmes dans les deux cas (*sup.*, nos 1737 et suiv.).

§ II. — ACQUISITION DES SERVITUDES PAR PRESCRIPTION

1991. — On peut devenir titulaire d'une servitude, indépendamment de tout titre, au moyen de la *prescription* dite acquisitive (art. 690).

1992. Portée restreinte de ce mode d'acquisition. — Il résulte de l'article 690 que sont seules susceptibles d'être acquises au moyen de la prescription les servitudes qui sont à la fois *continues* et *apparentes*, comme les servitudes de vue, d'aqueduc, d'appui, et à l'exclusion des servitudes discontinues comme celles de passage ou de puisage, et des servitudes non apparentes, comme celle de ne pas bâtir.

Cette conception restrictive du rôle de l'usucapion en matière de servitudes est impossible à justifier *rationnellement*; on ne s'explique pas pourquoi une longue possession ne saurait conduire à l'acquisition d'une servitude de passage alors qu'elle est susceptible de faire acquérir une servitude de vue; la distinction devient plus étrange encore si l'on estime, comme nous l'avons fait, que la prescription acquisitive est avant tout et essentiellement un *mode de preuve* (*sup.*, n^{os} 1567 et suiv.) : il n'existe aucune raison valable de rendre la preuve des servitudes plus ou moins malaisée selon qu'elles appartiennent à telle ou telle catégorie. C'est seulement en faisant appel aux *précédents* que l'on peut arriver à comprendre le système restrictif du Code civil; il s'explique *historiquement* : mis en présence de deux systèmes opposés, celui de la coutume de Paris qui écartait la prescription pour toute espèce de servitudes (art. 186), et celui de différentes autres coutumes (Artois, Auvergne, etc.), qui l'admettaient au contraire pour toutes les servitudes sans distinction, les rédacteurs du Code ont adopté un moyen terme, assez peu heureux; ils ont pensé donner satisfaction partielle aux deux tendances opposées en consacrant le régime intermédiaire et logiquement injustifiable qui est devenu celui de l'article 690 : ils ont fait de l'opportunisme juridique, mais aux dépens de la raison pure.

1993. Réaction jurisprudentielle. — Heureusement, la raison reprend toujours ses droits, et la jurisprudence s'est efforcée de les lui restituer par un moyen bien inattendu : lorsqu'un propriétaire a accompli pendant trente ans, sur le fonds voisin, des actes correspondant à une servitude discontinue ou non apparente, les tribunaux ne peuvent pas décider que cette servitude existe : l'article 690 s'y

oppose expressément; mais alors, ils déclarent que le possesseur a acquis, par prescription, la propriété même du terrain sur lequel il a exercé une maîtrise pendant cette longue période. Si, par exemple, il a passé pendant trente ans sur le fonds voisin, il n'est pas devenu titulaire d'une servitude de passage, mais, ce qui vaut encore mieux pour lui, il est devenu propriétaire du terrain utilisé comme chemin ou comme sentier; en sorte que le Code civil, pour avoir voulu protéger trop énergiquement le propriétaire du fonds traversé, l'aura, en fin de compte, complètement sacrifié (Req. 7 fév. 1883, *S.*, 1884, 1, 330, *D. P.*, 1884, 1, 128; Civ. 22 oct. 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2, 695).

1994. Conditions requises pour l'acquisition, par prescription, des servitudes continues et apparentes. — La loi exige une *possession* véritable, qui *ne soit pas vicieuse* et qui se soit prolongée pendant *trente ans*.

1° Il faut d'abord une *possession véritable*, non pas à titre de propriétaire, puisque ce n'est pas la propriété elle-même qu'il s'agit d'acquérir, mais *à titre de titulaire d'une servitude*. Cette formule exclut la *possession précaire*, la possession pour autrui, laquelle ne saurait jamais conduire à l'usucapion celui qui l'exerce; les actes de *simple tolérance* ne sont pas des actes de possession, ils sont sans valeur en vue de la prescription (art. 2232); accomplis en vertu de la *permission* expresse ou tacite du propriétaire du fonds sur lequel ils sont accomplis, ils s'interprètent, non dans le sens d'une renonciation à ses droits, mais dans celui d'une *complaisance*, d'une *politesse*, faite de voisin à voisin et en vue d'entretenir de bonnes relations de voisinage; ils portent en eux-mêmes, de la part de celui qui y procède, la marque de la reconnaissance du droit d'autrui, donc la marque de la précarité.

Les tribunaux sont souverains appréciateurs de la nature des actes de possession qui sont invoqués devant eux; les circonstances de la cause, la gêne plus ou moins grande causée au propriétaire du fonds dont l'assujettissement est en jeu, leur fournissent les éléments de la solution. Ils jugeront, par exemple, que le propriétaire d'une prairie qui, chaque année, après la récolte, autorisait la tenue d'une foire sur un pré, ne saurait se voir objecter l'existence d'une servitude sur son fonds : il ne faut pas que son obligeance fournisse des armes contre lui (Riom, 3 déc. 1844, *D. P.*, 1846, 2, 88).

1995. — A plus forte raison les actes de *pure faculté* ne seraient-ils pas constitutifs d'une possession *ad usucapionem* : à la différence des précédents, ils n'impliquent aucun empiétement, même apparent, sur le fonds d'autrui et ne sauraient donc conduire à l'établissement d'une servitude qui, par définition même, est une *charge* imposée sur un héritage (art. 637) : si mon voisin effectue des actes qu'il n'est pas en mon pouvoir d'empêcher, il ne prescrit rien contre moi puisqu'il n'a pas dépassé les limites de son droit : c'est ainsi que si des jours de souffrance ont été pratiqués dans un mur privatif situé à la limite de deux héritages, le propriétaire voisin, qui acquiert la mitoyenneté, peut exiger alors leur suppression sans que le constructeur soit en état de lui objecter qu'il a acquis, par la possession de trente ans, une servitude de vue; en réalité, les jours en question ne correspondaient à aucune entreprise sur le fonds d'autrui, à aucune possession du droit d'autrui, mais avaient été pratiquées en exécution d'un droit formellement reconnu par la loi (art. 2232).

Ainsi doivent être éliminés : les actes de pure faculté, parce qu'ils n'impliquent aucune possession des droits d'autrui, et les actes de simple tolérance, parce qu'ils correspondent à une possession précaire, exercée avec le consentement, exprès ou tacite, du propriétaire dont les droits sont en cause;

2° Il ne suffit pas que la possession soit une possession à titre de titulaire d'une servitude, il faut encore, par application des principes généraux en matière d'usucapion, qu'elle ne soit pas vicieuse, qu'elle ne soit ni violente, ni clandestine, ni équivoque (art. 2229). Quant au vice de discontinuité, il est inimaginable dans l'espèce, puisque c'est seulement pour les servitudes continues que la longue possession conduit à la prescription;

3° Il faut enfin que la possession, telle qu'elle vient d'être caractérisée, se soit prolongée pendant un certain temps, qui est fixé par l'article 690 à *trente ans*.

1996. — Il est admis, à peu près sans discussion, que la *prescription de dix à vingt ans* est sans emploi pour l'acquisition des servitudes : si je crois acquérir une servitude du propriétaire du fonds servant alors que j'ai traité avec un *non dominus*, je ne puis invoquer la prescription qu'après une possession de trente années, encore que j'aie, dans l'espèce, juste titre et bonne foi (Req. 23 nov. 1875, *S.*, 1876, 1, 103, *D. P.*, 1876, 1, 423; Bastia, 5 janv. 1847, *D. P.*, 1847, 2, 3; Agen, 23 nov. 1857, *D. P.*, 1858, 2, 27) :

on dit, en ce sens, que l'article 690, en exigeant la possession de trente ans, a entendu par là même proscrire la prescription de dix à vingt ans. L'argument est divinatoire et même quelque peu puéril; il est l'exemple typique du mauvais argument *a contrario* : il n'y a aucune incompatibilité entre les deux ordres de prescription; de l'affirmation de l'une on ne saurait conclure à la condamnation de l'autre, d'autant plus qu'elles répondent à des préoccupations très différentes (*sup.*, n^os^ 1567 et suiv., 1771 et suiv.). La solution courante est d'autant plus inélégante qu'elle établit, entre la propriété et les servitudes, quant à la prescription dite acquisitive, une opposition injustifiable : on n'arrive pas à comprendre pourquoi la prescription de dix à vingt ans peut faire acquérir la propriété alors qu'elle est impuissante à faire acquérir la moindre servitude; sa fonction de *consolidation* (*sup.*, n^os^ 1771) se justifierait tout aussi bien pour un acte tendant à la constitution d'une servitude que pour un acte visant à déplacer la propriété. Il faut voir, dans l'opinion courante en jurisprudence et en doctrine, une erreur certaine et sans excuse (*Sic.*, Maurice Picard, n° 965).

§ III. — ACQUISITION DES SERVITUDES PAR LA DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE

1997. Définition et exemple. — D'après l'art. 693, il y a *destination du père de famille* lorsque le propriétaire de deux héritages établit entre eux un état de choses, un rapport de fait qui constituerait une servitude si les deux fonds avaient deux maîtres différents. Pour le moment, il ne saurait être question de servitude : la règle *nemini res sua servit* y fait obstacle. Mais que les deux héritages viennent à être séparés de façon à appartenir à deux propriétaires différents, et alors le rapport de fait se muera en une servitude véritable, laquelle aura donc été établie en dehors de tout titre et de toute prescription, par la *destination du père de famille*, le maître commun ayant jadis *destiné* l'un des domaines à être asservi à l'autre.

Par exemple, le propriétaire des deux fonds A et B établit des conduites sur le fonds B afin d'alimenter d'eau le fonds A; après quoi il vend l'un des deux domaines, le fonds B. Celui-ci sera grevé d'une servitude d'aqueduc au profit du fonds A : la destination du père de famille *vaut titre* (art. 692).

1998. Nature juridique de la destination du père de famille. — Dès maintenant, il apparaît que cette destination ne constitue pas, à vrai dire et si l'on va au fond des choses, un mode d'acquisition vraiment original et distinct, des servitudes, mais qu'il convient d'y voir un cas particulier d'acquisition par titre : le maître commun aurait pu stipuler, lors de la séparation des deux domaines, que l'état de fait par lui établi serait maintenu, et cette stipulation aurait été naturelle, tellement naturelle que le législateur la sous-entend; il la présume, et la destination du père de famille n'est autre chose que la forme concrète, appropriée que revêt la présomption légale. En fin de compte, cette institution est donc de *nature probatoire;* elle joue un rôle analogue, toutes proportions gardées, à celui que nous avons reconnu à la prescription trentenaire dite acquisitive (*sup.*, n^os^ 1567 et suiv.) : elle prouve la volonté d'établir une servitude et par suite l'existence de cette servitude, comme la prescription prouve l'existence d'un droit de propriété.

Cette interprétation n'est nullement divinatoire; elle se recommande de la tradition (la coutume de Paris, dans sa rédaction de 1580, exigeait que la destination fût constatée par écrit; les rédacteurs du Code civil se sont contentés de supprimer cette exigence); elle cadre avec l'article 692 d'après lequel la destination du père de famille *vaut titre;* et surtout, avec la jurisprudence qui exige la création d'un état de fait dénotant l'intention, chez le propriétaire, de constituer une servitude et qui veut que l'acte de séparation n'aille pas à l'encontre de la présomption de servitude.

Nous arrivons ainsi à l'examen des conditions requises pour que la destination du père de famille accomplisse sa fonction créatrice ou plutôt révélatrice d'une servitude.

1999. Conditions requises pour qu'il y ait destination du père de famille, révélant l'existence d'une servitude.

1° Il faut que les deux fonds, aujourd'hui séparés, aient appartenu au même propriétaire (art. 693). Mais il n'est pas exigé qu'ils fussent alors distincts l'un de l'autre : le rapport de fait, l'état de choses, peuvent être établis entre deux parties d'un même héritage comme entre deux héritages indépendants : la jurisprudence et la doctrine sont constantes en ce sens (Req., 7 avril 1863, *S.*, 1863, 1, 369, *D. P.*, 1863, 1, 413);

2° Il faut que le rapport de fait soit l'œuvre du propriétaire lui-même (art. 693) qui est investi, à cet égard, d'un

monopole exclusif, sans faire d'exception même pour les titulaires de démembrements de la propriété : usufruitier, emphytéote;

3° On exige que l'état de choses ainsi créé laisse apparaître avec certitude l'intention, chez le propriétaire, de constituer un rapport définitif entre les deux fonds, une servitude éventuelle, et non pas seulement le désir de satisfaire un caprice passager ou une convenance personnelle. Il faut un *signe apparent* de servitude (Req., 29 mai 1895, *D. P.*, 1895, 1, 391; 14 mai 1901, *D. P.*, 1901, 1, 357; pour l'ouverture d'une porte pratiquée par le propriétaire entre deux immeubles contigus, v. Req., 7 mars 1876, *D. P.*, 1878, 1, 69; 17 mai 1933, *S.*, 1933, 1, 383, *D. H.*, 1933, 363);

4° Il faut que cet état de fait existât déjà et qu'il ait été maintenu lors de la séparation des deux fonds (Req., 10 mai 1899, *D. P.*, 1901, 1, 361, note Boistel);

5° La jurisprudence exige que l'acte de séparation ne contienne rien de contraire à la présomption légale de constitution de servitude, car cette présomption cède devant la preuve d'une intention contraire des parties; le fondement même de l'institution disparaît (Req., 29 mai 1895; 14 mai 1901; 15 fév. 1926, *S.*, 1926, 1, 126; 27 janv. 1937, *D. H.*, 1937, 132);

6° Enfin, la destination du père de famille ne fonctionne pas pour toutes les servitudes sans exception; il faut mettre de côté les servitudes non apparentes qui y sont invariablement réfractaires : ce sont seulement les *servitudes apparentes* dont l'établissement peut être prouvé par ce procédé spécial (art. 692 et 694; Req., 15 fév. 1926, précité).

2000. Controverse soulevée par les servitudes apparentes discontinues : condition supplémentaire qui les concerne. — Les servitudes qui sont à la fois apparentes et discontinues, comme la servitude de passage lorsqu'un itinéraire a été tracé pour son exercice, ont soulevé une polémique motivée par une contradiction qui semble exister entre les deux articles voisins, les articles 692 et 694, le premier qui exige, pour que la destination vaille titre, les deux caractères d'apparence et de continuité, le second qui se réfère exclusivement à la condition d'apparence dont il paraît bien se contenter.

Diverses explications ont été proposées : les unes qui donnent le pas soit à l'article 692 sur l'article 694, soit à l'article 694 sur l'article 692 et qui admettent donc une bévue, un *lapsus* de la part des rédacteurs du Code civil : trop simplistes et trop brutales, elles sont écartées depuis

longtemps; il est invraisemblable que les rédacteurs aient perdu de vue, en écrivant l'article 694, la disposition si voisine de l'article 692; certainement, la différence de rédaction correspond à une réalité, à une nuance juridique, mais laquelle?

2001. — A la question ainsi circonscrite, deux réponses ont été proposées :

Première interprétation. — On a supposé que l'article 692 viserait l'éventualité la plus simple et la plus normale, celle où le rapport de fait n'aurait jamais été érigé à l'état de servitude antérieurement à l'événement qui a séparé les fonds, celle que nous avons toujours supposée jusqu'à présent; la loi veut alors absolument qu'il s'agisse d'une servitude à la fois continue et apparente, et ce n'est pas trop exiger puisqu'il s'agit bien de la *création* d'une servitude nouvelle; tandis que l'article 694 viserait le cas plus compliqué où une servitude aurait d'abord existé entre deux fonds, puis aurait été éteinte par confusion, à raison de leur réunion dans la même main : si les héritages viennent à être séparés à nouveau, l'ancienne servitude, réduite à l'état de simple rapport de fait, revivrait comme précédemment, grâce à la destination du père de famille; et, comme il ne s'agirait plus alors que d'une *résurrection* et non d'une création, la loi se contenterait du caractère d'apparence, sans faire état de celui de continuité.

On invoque, en faveur de cette interprétation, le rapport présenté au tribunat par le tribun Albisson qui s'est référé à elle (Fenet, t. XI, p. 328), et surtout la teneur de l'article 694 d'après lequel la servitude « *continue d'exister* », ce qui semble faire allusion à sa vie antérieure (*Sic.* Planiol, t. I, n° 2963, et Cass. belge, 29 juin 1905, *S.*, 1909, 4, 4).

2002. — *Deuxième interprétation.* — Notre jurisprudence consacre une autre explication : pour elle, la clef du problème doit être cherchée dans la question de savoir si le propriétaire qui invoque la destination du père de famille est tenu ou non de produire le titre qui a opéré la séparation des deux fonds : à son avis, cette obligation lui est imposée si la servitude est apparente mais discontinue, et c'est ce que signifie l'article 694; il en est dispensé, au contraire, s'il s'agit d'une servitude à la fois continue et apparente, telle est la solution que consacre l'article 692 (*Sic.* Civ., 28 mars 1904, *D. P.*, 1905, 1, 162; 6 nov. 1906, *S.*, 1907, 1, 284; 8 juill. 1919, *D. P.*, 1923, 1, 230; Req., 27 janv. 1937, *D. H.*, 1937, 132, *Rev. trim.*, 1937, p. 394; Comp. Civ., 29 juin 1921, *D. P.*, 1925, 1, 36; 6 mai 1930, *D. H.*, 1930, 395).

Cette jurisprudence est approuvée par la majorité des auteurs (AUBRY et RAU, t. III, § 252, note 9; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 981; Maurice PICARD, n° 974); elle a pour elle sa simplicité : il n'est pas vraisemblable que le législateur ait voulu, dans l'article 694, viser une éventualité aussi complexe qu'on le suppose dans la première interprétation; elle est assez rationnelle, car on comprend que le législateur se montre plus défiant et plus exigeant lorsque la servitude ne s'affirme que d'une façon discontinue, par des actes intermittents; enfin et surtout, elle cadre fort bien avec la teneur de l'article 694 « *sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude* »; c'est donc qu'on doit s'assurer de l'existence de cette condition en se référant à l'acte de séparation qui doit être produit par le requérant. Quant aux mots « *elle continue d'exister* » dont s'emparent les partisans du premier système, on les explique, dans l'opinion dominante, par cette considération que la servitude a précédemment existé à l'état d'un rapport de fait; c'est à cette phase embryonnaire de son existence que le législateur s'est référé par cette formule ambiguë.

2003. — Si cette interprétation est exacte — et elle constitue la vérité en droit jurisprudentiel, donc en droit positif — une condition supplémentaire est exigée lorsque le prétendu titulaire de la servitude contestée invoque, pour une servitude apparente mais discontinue, la destination du père de famille, à savoir *la production du titre qui a opéré la séparation des deux fonds*, production qui mettra le juge à même de vérifier que l'acte ne contient pas de clause contraire à l'existence de la servitude, plus exactement à la mutation en véritable servitude du rapport de fait antérieur; cette obligation supplémentaire n'est pas imposée à celui qui invoque la destination pour se réclamer d'une servitude à la fois apparente et continue.

CHAPITRE IV

Exercice des servitudes
Droits et obligations du titulaire

2004. Plan. — Comme pour l'usufruit, nous étudierons successivement les situations des deux titulaires de droits réels qui se trouvent en présence, celle du propriétaire du fonds dominant et celle du propriétaire du fonds assujetti.

§ I. — SITUATION DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT

2005. I. Etendue de la servitude. — Elle est déterminée :

1° Pour les servitudes *légales*, par la *loi* elle-même;

2° Pour les servitudes constituées par *titre*, par les clauses, expresses ou tacites, de l'acte; dans le doute, il appartient au juge du fond de rechercher souverainement la volonté des parties, ou, si la servitude a été établie par testament, celle du constituant (Civ., 24 fév. 1931, *D. P.*, 1931, 1, 105), mais étant réservé, comme d'ordinaire, le droit de contrôle de la Cour de cassation en ce qui concerne la dénaturation des actes (même arrêt);

3° Une règle analogue est applicable aux servitudes constituées par la destination du père de famille, puisque ce mode d'établissement se ramène, en définitive, à la constitution par la volonté consciente de l'homme (*sup.*, n° 1998);

4° Quant aux servitudes établies par prescription, on leur fait application de l'adage : *tantum præscriptum quantum possessum*; la possession, qui sert de base à l'usucapion, en détermine également l'efficacité et les limites (Req., 4 juill. 1872, *S.*, 1873, 1, 449, *D. P.*, 1873, 1, 356).

2006. Règles communes. — Dans tous les cas, certaines directives sont utilisables que l'on trouve posées dans le Code civil :

1° Aux termes de l'article 696, « *quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user* », et le texte ajoute, à titre d'exemple « *Ainsi la servitude de puiser l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage* ». Ainsi, il peut exister comme des servitudes implicites et accessoires qui gravitent autour de la servitude principale, mais seulement dans la mesure où elles sont *nécessaires*, indispensables à l'exercice de cette dernière;

2° La *division* du *fonds dominant* laisse à la servitude toute son étendue, mais sans que la condition du fonds assujetti puisse s'en trouver aggravée. L'article 700 qui pose cette double règle, la souligne, lui aussi, par un exemple : « *Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit.* »

Bien que le Code civil ne s'explique pas au sujet de la *division du fonds servant*, il est certain que, pas plus que celle du fonds dominant, elle ne porte atteinte à la servitude

qui subsiste dans toute son étendue; ainsi l'exige la règle de l'indivisibilité des servitudes (*sup.*, n° 1972; Civ., 13 avril 1880, *S.*, 1880, 1, 345, *D. P.*, 1808, 1, 248).

2007. II. Mise en œuvre de la servitude. — Les principes suivants dominent la mise en œuvre et l'exercice des servitudes :

1° Le propriétaire du fonds dominant peut procéder à tous les travaux nécessaires à l'*usage* et à la *conservation* de la servitude (art. 697); mais il opère à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, « *à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire* » (art. 698);

2° Le titulaire de la servitude « *ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier* » (art. 702).

C'est là un principe fondamental : non seulement le propriétaire du fonds dominant ne peut faire, sur l'un ou l'autre fonds, aucun changement matériel qui aggraverait la condition du fonds assujetti, mais encore il doit user de la servitude *suivant son titre*, c'est-à-dire :

a) *Dans l'intérêt du seul fonds dominant*, à l'exclusion de celui d'un fonds qu'il pourrait acquérir par la suite (Req., 15 avril 1868, *S.*, 1868, 1, 395, *D. P.*, 1868, 1, 339);

b) *Pour les besoins en vue desquels la charge a été établie.* Il y a lieu de tenir compte de la destination économique de la servitude en vue de fixer la limite des droits de son titulaire : si, par exemple, une servitude de prise d'eau a été constituée en vue de l'irrigation d'une propriété, elle ne pourra être utilisée pour des fins industrielles, pour le fonctionnement d'une usine (Req., 23 avril 1856, *S.*, 1856, 1, 575, *D. P.*, 1856, 1, 294; 15 avril 1868, précité).

La servitude apparaît donc comme un droit à objectif limité, n'ayant point la plénitude du droit de propriété; c'est un droit plus étroitement causé et qui, comme d'ailleurs presque tous les droits, doit être exercé conformément à sa destination, à son esprit; il comporte, non seulement des frontières matérielles, mais aussi des limites d'ordre économique qui se déduisent de son but.

2008. III. Actions qui appartiennent au propriétaire du fonds dominant. — Le titulaire de la servitude a ou peut avoir à sa disposition : une *action confessoire* et des *actions possessoires*.

1° *Action confessoire* : elle lui appartient dans tous les cas,

car elle constitue la sanction nécessaire des servitudes auxquelles elle est attachée ainsi que la revendication l'est au droit de propriété; elle tend à l'affirmation même de la servitude, démembrement de la propriété; elle intéresse le fond même du droit;

2° Quant aux *actions possessoires*, des distinctions sont à faire entre les servitudes susceptibles de prescription, donc de *possession*, et les autres, c'est-à-dire entre les servitudes continues et apparentes d'une part, et, d'autre part, celles à qui font défaut l'un ou l'autre de ces caractères, ou tous deux.

a) Les servitudes continues et apparentes peuvent être l'objet d'une possession et sont donc sanctionnées, à l'occasion, par les actions possessoires — complainte et dénonciation de nouvel œuvre — à condition, bien entendu, que ladite possession soit exempte de vices et qu'elle se soit prolongée pendant une année au moins (Civ., 13 déc. 1897, *D. P.*, 1901, 1, 110; 5 mai 1925, *S.*, 1925, 1, 373);

b) En principe, au contraire, le titulaire d'une servitude discontinue ou non apparente ne peut pas agir au possessoire car une telle servitude n'est pas susceptible de possession (Req., 9 juill. 1918, *S.*, 1920, 1, 115; 2 mai 1919, *S.*, 1920, 1, 184; Civ., 16 fév. 1926, *D. H.*, 1926, 237; Req., 17 oct. 1928, S., 1929, 1, 54, *D. H.*, 1928, 509; 21 juill. 1930, *S.*, 1931, 1, 128; 11 juill. 1932, *S.*, 1932, 1, 386).

Toutefois, il en va autrement lorsque la servitude s'appuie sur un *titre*; on considère que, son existence étant alors certaine, elle peut être l'objet d'une possession véritable et que la protection possessoire doit donc être assurée dans les termes du droit commun (Req., 17 oct. 1928 et 21 juill. 1930 précités); la Cour de cassation a fait application de cette jurisprudence à la servitude de passage (arrêt du 11 juill. 1932, *motifs*), même à la servitude de ne pas bâtir (Req., 8 juill. 1914, S., 1916, 1, 86; Comp. civ., 20 fév. 1922, *D. P.*, 1925, 1, 80; 31 juill. 1923, *D. P.*, 1926, 1, 62). De plus, on considère que les servitudes *légales* s'appuient sur un titre, à savoir le texte de loi qui en prévoit et en autorise la constitution; notamment, il a été jugé que *l'état d'enclave équivaut à un titre* (Req., 10 déc. 1906, *S.*, 1907, 1, 135; 2 mai 1919, *S.*, 1920, 1, 184; 7 avril 1925, *S.*, 1926, 1, 204; Civ., 30 oct. 1928, *D. H.*, 1928, 607).

En somme, en ce qui concerne les servitudes discontinues ou non apparentes, la possession est indissolublement liée au droit lui-même; elle n'est protégée qu'autant que ce droit existe.

2009. Réintégrande. — Il est à remarquer qu'à la différence des actions possessoires véritables, la réintégrande n'appartient jamais au titulaire de la servitude, car cette action, qui implique une dépossession matérielle, n'est accordée qu'à ceux qui avaient la possession ou, du moins, la détention du fonds lui-même, la *possessio rei*.

§ II. — SITUATION DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS SERVANT

2010. Principe. — Le propriétaire du fonds assujetti est tenu d'une obligation purement *passive* : il doit s'abstenir de tout acte qui porterait atteinte aux légitimes intérêts du fonds dominant, qui tendrait à diminuer l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode (art. 701, § 1).

C'est ainsi qu'il lui interdit de changer l'état des lieux ou de transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée (art. 701, § 2).

Mais, réserve faite de ces obligations négatives, le propriétaire du fonds assujetti conserve toutes les prérogatives de son droit de propriété; il demeure maître de sa chose, sans en excepter la partie spécialement soumise à l'exercice de la servitude et dont il continue à pouvoir user, pourvu qu'il respecte les droits du titulaire de la charge (Angers, 16 mai 1932, *D. H.*, 1932, 276) ; il peut, en dépit de l'existence d'une servitude de passage, clore son domaine ou élever des constructions au-dessus du passage, à la condition de ne pas faire obstacle à l'exercice de la charge (Req., 22 déc. 1873, *D. P.*, 1874, 1, 472; 27 oct. 1890, *S.*, 1891, 1, 28), mais non pas utiliser la bande de terrain sur laquelle le passage s'effectue (Metz, 19 janv. 1858, *D. P.*, 1858, 2, 200). On ne lui demande en somme que deux choses : laisser faire et ne gêner en quoi que ce soit l'exercice de la servitude.

2011. Dérogation. — Il est cependant une initiative que le propriétaire du fonds servant peut prendre : si la servitude devient trop onéreuse pour lui à raison même de sa localisation, du point sur lequel elle s'exerce, il peut demander que l'assiette en soit déplacée, à la condition d'offrir au propriétaire de l'autre fonds « *un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits* », et cette offre est obligatoire pour celui à qui elle est adressée; la loi lui interdit de la refuser (art. 701, § 3).

2012. Actions qui appartiennent au propriétaire du fonds servant. — Le propriétaire qui prétend que son fonds est libre de servitudes, peut exercer contre celui qui émet une prétention contraire, une action dite *négatoire*. Cette action offre cette particularité qu'elle impose au demandeur la preuve de son droit de propriété, sans plus; et c'est au défendeur qu'il incombe d'établir qu'il est titulaire d'une servitude sur ledit fonds. On considère qu'en principe, une propriété est libre de toute servitude, et c'est à celui qui entend renverser cette présomption qu'il appartient de prouver l'exactitude de son dire.

Au *possessoire*, le propriétaire d'un fonds peut agir en vue de faire obstacle à une prescription qui aboutirait à l'établissement d'une servitude au profit d'un tiers.

Chapitre V

Extinction des servitudes

2013. Enumération. — Les modes d'extinction des servitudes sont énumérés et décrits dans les articles 703 et 710 qui se réfèrent : à l'*impossibilité d'exercice*; à la *réunion des deux fonds dans la même main* (*confusion*); au *non-usage*. Il faut ajouter à cette énumération : la *perte* du fonds servant, la *renonciation*, le *terme extinctif* et la *résolution*, *annulation* ou *rescision* des droits du constituant.

On remarquera que cette liste est sensiblement plus courte que celles des modes d'extinction de l'usufruit (*sup.*, n° 1931) : c'est que la destinée de l'usufruit est de s'éteindre, tandis que l'extinction d'une servitude, droit perpétuel, est une éventualité exceptionnelle qui agit à l'encontre de l'esprit de l'institution.

Laissant de côté la renonciation, le terme extinctif et les causes de résolution ou d'annulation du droit du constituant, au sujet desquels aucune particularité saillante n'est à relever (la renonciation à une servitude ne se présume pas davantage que celle à tout autre droit : Civ., 3 déc. 1929, cité *inf.*, n° 2017) nous ne retenons que les quatre premiers modes d'extinction qui se réduisent, en réalité, à trois, comme nous allons le voir.

2014. I. L'impossibilité d'exercice. — L'article 703 décide que « *les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user* ». L'éventualité visée par cette formule est assez facile à préciser : c'est,

par exemple, un puits qui vient à tarir; la servitude de puisage dont il constituait l'assiette cesse alors, par impossibilité d'exercice.

Peu importe la cause de l'impossibilité d'exercice qui dérive, suivant les cas, d'un cas de force majeure ou du fait du titulaire de la servitude ou de celui d'un tiers; on exige seulement que l'impossibilité soit complète : les événements qui enlèveraient à la servitude une partie seulement de son utilité n'entraîneraient pas sa cessation (Civ., 14 mai 1872, *S.*, 1872, 1, 388, *D. P.*, 1872. 1, 307; Req., 1er avril 1889, *D. P.*, 1890, 1, 270, *S.*, 1892, 1, 378).

2015. Caractère provisoire de la cessation de la servitude. — La cessation édictée par l'article 703 n'est pas nécessairement définitive; la servitude revit si « *les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user...* » (art. 704), à moins cependant que la *prescription extinctive* n'ait fait son œuvre (même texte, *in fine*), mais alors c'est une autre cause d'extinction qui entre en jeu. Si donc le puits qui s'était tari est à nouveau alimenté par les eaux, la servitude peut être exercée comme par le passé; il y a eu solution de continuité, mais non extinction définitive de la servitude.

A vrai dire, il vaudrait même mieux dire qu'il n'y a pas eu extinction du tout, mais simple paralysie du droit du titulaire : un obstacle de fait s'opposait à la mise en œuvre de la servitude, mais le droit lui-même subsistait et il est inexact de dire, comme le fait le Code civil, qu'il revit : il n'avait jamais cessé d'exister (Civ., 17 nov. 1908, *D. P.*, 1910, 1, 336).

2016. II. Le non-usage. (Prescription extinctive.) — L'article 706 décide que « *la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans* ». Il s'agit là d'une prescription extinctive, qui s'accomplit par le seul effet du temps conjugué avec l'inaction du titulaire du droit; après trente années de non-utilisation, l'inutilité de la charge est patente; elle tombe d'elle-même; il ne faut pas que les fonds demeurent indéfiniment grevés de servitudes à l'état de puissance.

A cet égard, la servitude ne justifie pas le caractère de *perpétuité* qu'on s'accorde traditionnellement à lui reconnaître; elle n'est pas perpétuelle au même degré que la propriété immobilière qui, dans l'opinion dominante, résiste indéfiniment à l'action du temps (*sup.*, nos 1507 et suiv.).

2017. — La règle posée dans l'article 706 est très générale :

1° Le non-usage éteint toutes les servitudes, *du fait de l'homme*, à quelque catégorie qu'elles appartiennent, et aussi les *servitudes légales*, du moins lorsqu'elles sont établies dans un *intérêt privé*;

2° On ne distingue pas suivant la *cause* qui a déterminé le non-usage; que celui-ci soit volontaire ou forcé, le résultat est le même; la servitude est éteinte alors même que sa non-utilisation proviendrait d'un cas de *force majeure*, comme le suppose l'article 704 (Voy. aussi l'art. 665);

3° Un non-usage *partiel* est pris en considération; il éteint la servitude dans la mesure où elle n'a pas été exercée. Mais ici, la jurisprudence, sinon la loi, distingue suivant que le non-usage tient au fait, ou plutôt à l'abstention du titulaire, ou bien à un obstacle matériel, à un cas de force majeure, à une modification dans l'état matériel des lieux; c'est seulement dans cette dernière éventualité que le temps fait son œuvre, que la servitude est réduite par le non-usage partiel; le propriétaire du fonds dominant peut, sans danger, exercer sa liberté d'option en laissant dormir une partie de ses prérogatives; il ne les conserve pas moins dans toute leur plénitude; après trente années d'usage partiel, il peut en revenir à l'usage complet; par exemple, si, titulaire d'une servitude de passage qui lui permet de passer à pied, à cheval et en voiture, il se contente, pendant trente années, de passer à pied, il n'en conserve pas moins ses prérogatives dans toute leur intégrité (Civ., 6 juill. 1897, *D. P.*, 1897, 1, 448, *S.*, 1898, 1, 395; Req., 12 janv. 1909, *D. P.*, 1909, 1, 391, *S.*, 1909, 1, 32; Civ., 3 déc. 1929, *S.*, 1930, 1, 251, *D. P.*, 1931, 1, 119).

2018. Durée de la prescription. — Il est admis que la prescription s'accomplit seulement par *trente années*, et jamais par un délai plus court : la prescription de dix à vingt ans est ici sans emploi; si donc un tiers a possédé le fonds servant pendant dix à vingt ans, avec juste titre et bonne foi, il a bien prescrit contre le propriétaire, mais non pas contre le titulaire de la servitude (Req., 23 nov. 1875, *S.*, 1876, 1, 103, *D. P.*, 1876, 1, 423; Civ., 3 déc. 1929, précité). Cette solution s'appuie sur la teneur de l'article 706 qui se réfère uniquement à la prescription de trente années et qui ne mentionne aucunement la prescription abrégée de dix à vingt ans; l'argument *a contrario* n'est pas très concluant, puisqu'il ne ramène pas au droit commun. Il est singulier, que, dans l'hypothèse précitée, le tiers possesseur ait plus facilement raison du propriétaire que du titulaire de la servitude; d'ailleurs, l'article 2180 admet que l'acquéreur d'un

immeuble puisse prescrire, par dix à vingt ans, contre les *hypothèques* dont le bien est grevé; on ne voit guère pourquoi les servitudes seraient plus résistantes. Tout ce qu'on peut dire en faveur de la jurisprudence, c'est qu'elle établit une symétrie, au moins apparente, entre l'acquisition et l'extinction des servitudes (*sup.*, n° 1996).

2019. Point de départ de la prescription. — Il varie selon que la servitude est continue ou discontinue, et nous rencontrons ici un nouvel intérêt que présente cette classification. Pour les servitudes *discontinues*, le délai court à dater du dernier acte d'exercice de la servitude, par exemple, pour une servitude de passage, du jour où le propriétaire du fonds dominant a passé pour la dernière fois sur le fonds servant. Pour les servitudes *continues*, qui s'exercent d'elles-mêmes, indépendamment du fait de leur titulaire, le non-usage n'est pris en considération qu'à dater du jour où est intervenu un acte *contraire* à la servitude (art. 707), par exemple, pour une servitude de vue, à compter du jour où l'ouverture qui avait été pratiquée aura été obstruée; pour une servitude de ne pas bâtir, à partir du commencement des travaux effectués en contradiction, en violation de la charge.

2020. III. **La confusion.** — La servitude, *quelle qu'elle soit*, est éteinte « *lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la soit, sont réunis dans la même main* » (art. 705); cette *confusion* de deux qualités antithétiques met logiquement et nécessairement fin à la situation qui reposait tout entière sur leur distinction; *nemini res sua servit*; on n'imagine pas qu'un propriétaire soit titulaire d'une servitude sur sa propre chose.

Ce mode d'extinction est *général*, il vaut pour toutes les servitudes; mais il n'agit pas toujours *définitivement*; il est possible que la servitude, d'abord éteinte par confusion, se trouve ensuite de revivre, et rétroactivement; on distingue à cet égard suivant la *cause* qui fait cesser la confusion.

1° Si la confusion cesse *rétroactivement*, la servitude revit, puisque la réunion des immeubles entre la même main est censée ne s'être jamais réalisée; il en est ainsi notamment si la vente de l'immeuble qui avait été consentie par l'un des deux propriétaires à l'autre se trouve par la suite *résolue*; on doit alors en faire abstraction ainsi que de tous ses effets, au nombre desquels figurait l'extinction de la servitude par confusion;

2° Si la confusion cesse *sans rétroactivité*, la servitude ne

revit pas; c'est définitivement qu'elle s'était éteinte. Par exemple, le propriétaire du fonds dominant, qui avait acquis le fonds servant, d'où extinction de la servitude par confusion, vend ce même fonds à une troisième personne; la servitude ne revit pas. Sans doute, il faut bien tenir compte des règles relatives à la destination du père de famille, telles que nous les avons exposées et telles qu'elles ressortent des articles 692 et 694; mais, *à supposer que les conditions exigées par ces textes se trouvent réunies*, ce n'est pas à vrai dire l'ancienne servitude qui revit; c'est une nouvelle servitude qui est constituée par la destination du père de famille : il y a extinction de la servitude ancienne, puis survivance d'un rapport de fait alors que les deux fonds sont réunis dans la même main, enfin constitution d'une nouvelle servitude par destination du père de famille; le phénomène juridique s'opère en trois temps, sans rétroactivité.

2021. IV. **Perte de l'un des fonds et notamment du fonds servant.** — Tout rapport de droit est éteint lorsque l'un des deux termes entre lesquels il était établi vient à disparaître purement et simplement : les servitudes obéissent à cette loi commune; car, il faut se rappeler que, dans la conception traditionnelle, les fonds dominant et servant jouent ici le rôle de sujets actif et passif de la servitude.

La destruction *matérielle* d'un fonds n'est pas une éventualité très pratique (Voy. cependant, Civ., 6 août 1860, *D. P.*, 1860, 1, 337, *S.*, 1861, 1, 142; Req., 7 fév. 1872, *D. P.*, 1872, 1, 200, *S.*, 1872, 1, 269), mais sa *neutralisation juridique* est concevable; on peut supposer que le *fonds servant* est l'objet d'une *expropriation pour cause d'utilité publique*, donc d'une annexion au domaine public. Ce fonds perd alors son ancien statut juridique pour en revêtir un nouveau; le propriétaire du fonds dominant est exproprié de sa servitude, contre indemnité.

BIBLIOTECA IMPRIMATUR

Table alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage; les chiffres en caractères gras se réfèrent aux parties du livre dans lesquelles le sujet est traité avec quelque étendue.

Abandon — d'un droit. Voy. *Renonciation, déguerpissement*;
— de famille, 1008, **1163,** 1246;
— de la mitoyenneté, 1803.

Abrogation — des lois, **76.**

Absence, 194 ; présomption d' —, 200 ; déclaration d' —, 201 ; — du mari, 618 ; mariage, 746, 901 , paternité, 1041 ; puissance paternelle, 1086 ; usucapion, 1768.

Absolutisme des droits, **161** ;
— du droit de propriété, 1430.

Abus, du divorce, 723, 792;
— des droits, **161** ; autorisation maritale, 636 *bis*, 879; consentement au mariage, 740; procédure en matière de divorce, 936; en matière de séparation de corps, 989; délais en matière de divorce, 943; droit de correction, 1095; puissance paternelle, 1082, 1086, 1120; propriété, **1474,** 1498 ; lettres missives, 1533 ; — de jouissance, usufruit, 1941.

Acession, 1650 ; — mobilière, 1651 ; — immobilière, 1652 ; — naturelle, 1653 ; — artificielle, 1659.

Acquiescement, tutelle, 417; divorce, 946; séparation de corps, 990; jugement de conversion, 1008.

Acquisition de la propriété, **1647.**

Acte, de décès, **269** ; de mariage, 275, 781, 782 ; de naissance, **265,** 1019.

Actes, abusifs, 1474, 1499, 1506; — abdicatifs, 1732 ; — authentiques, **176** ; — confirmatifs, 1732 ; — conservatoires, tutelle, 432; femme mariée, 605; propriété sous condition suspensive, 1816; — d'administration, 327 ; propriété sous condition résolutoire, 1819 ; pure administration, **329** ; — déclaratifs, 1730, 1731 ; — excessifs, 1500, 1506 ; — de commerce, tutelle, 429 ; juridiques, **119** ; — inexistants, 139, 523 ; — nuls, **139** ; — à titre gratuit, tutelle, 429 ; rétroactifs, 1732 ; — non écrits, 1732 ; — sous seing privé, 175 ; — personnels, interdit, 544 ; — de l'état civil, **245** ; force probante, **276** ; nullité, **281** ; rectification, 284, 1287; accomplis par le tuteur de fait, 470.

Action, en bornage, **1437,** 1906; — en partage, tutelle, 419; administration légale, 476; curatelle, 496; usufruit, 1906; — en contestation d'état, **1028,** 1037, 1070 ; — en réclamation d'état, **1028,** 1032; — en contestation de légitimité, 1070; — en recherche de la maternité naturelle, **1205** ; — en recherche de la paternité naturelle, **1215** ; — confessoire, 1906, 2008.

Actions immobilières, tutelle, 417, administration légale, 476, curatelle, 495 et 496; — mobilières, tutelle, 432; administration légale, 476, mineur émancipé, 329; — relatives à la filiation légitime ma-

ternelle, **1207** ; — relatives à la filiation naturelle maternelle, **1205** ; — relatives à la filiation naturelle paternelle, **1215** ; — possessoires, en général, **1403** ; — tutelle, 418 ; usufruit, 1887, 1906 ; servitudes, 2008.

Actions (valeurs mobilières), **1375** ; — de la Banque de France, 1364.

Adminicules, 1025.

Administrateur légal, 475 ; pouvoirs, 476; obligations, 477.

Administration, du tuteur, **405**, 548; — légale, 471, divorce des parents, 981; — provisoire, au cas d'internement, 561.

Adjudication, transcription, 1727, 1776.

Adoption, 1296 ; posthume, 1306 *bis*, 1309.

Adultère, 873, 914, 921.

Aéronefs, 1627, 1755.

Affectation d'un meuble au service d'un fonds, **1354**.

Age de la majorité, **311** ; — de la majorité matrimoniale, 707, 724.

Agences de renseignements, 1536.

Aliénation mentale, 519 ; preuve, 524. V. *Folie*.

Aliénations, tutelle, 411, **423** ; administration légale, 476; mineur émancipé, 327, 495; femme mariée, 600, 609, 610.

Aliénés, 519 ; incapacité, **522**.

Aliments, v. *Obligation alimentaire*.

Alliance, 683 ; empêchement au mariage, 715; — naturelle, 719; — adoptive, 720; effets de l' —, 1073; obligation alimentaire, **1148**.

Alluvion, 1656.

Alsace et Lorraine, 47, 1752 *bis*.

Améliorations, usufruit, 1925.

Animaux, immeubles par destination, 1354 *bis*; accession, 1654.

Apparence, domicile, 237; séparation de fait, 1012; filiation, 1040; concubinage, 1180; propriété, **1547**.

Appel, 86, 394, 396, 536, 631, 944, 989, 990, 1478.

Appropriation des biens, 1386.

Arbres, immeubles par nature, 1348; usufruit, 1896, 1909; servitudes, 1969.

Arrêts de règlement, 26.

Arrêtés, 60.

Artisanat, 1540.

Ascendants, consentement au mariage, 730; puissance paternelle, 1085.

Assistance éducative, 1129 *bis*.

Assistance publique, 1100.

Associations, 187, 671.

Assurance contre l'incendie, 1887, 1936.

Astreinte, 871, 1091.

Attache d'un meuble à perpétuelle demeure, **1356**.

Atterrissements, 1656.

Attestations notariées, transcription, 1715, 1716, 1868, 1990.

Attributs de la personnalité, **205**; de la puissance paternelle, **1089** ; — de la propriété, **1468**.

Autonomie de la volonté, 123.

Autorisation de justice, **614**, **625** ; — du mari, **614**, **625**; spécialité de l' —, **628** ; effets de l' —, **634** ; pour le mariage, **724**.

Autorité de la chose jugée, mariage, 855, 898 ; état, **1312** ; nom, 222 ; rectification de l'état civil 288; état civil, 295, 298, 299, 898.

Autorité tutélaire, 401.

Avantages matrimoniaux, divorce, **968** ; séparation de corps, **994**.

Aveu de paternité, 1220.

Avulsion, 1657.

Ayant cause, à titre particulier, 1599 ; à titre universel, 1599.

Bail, tutelle, 412, 425, 432 ; usufruit, 1903 ; — à domaine congéable, 1827 ; — emphytéotique, **1947**.

Banque de France, actions, 1364.

Bateaux de navigation intérieure, 1627, 1755.

Beau-frère, mariage, 718.

Belle-sœur, mariage, 718.

Bibliographie, 95 *bis*.

Bien de famille, 968, 978, 993 ; 1248 *bis*, **1539**, 1785, **1793**, 1840.

Biens, en général, **1317** ; — corpo-

rels, incorporels, 1321 ; — consomptibles ou non, 1324, 1863 ; — fongibles ou non, 1325 ; — communaux, 1545 ; — domaniaux, 1543 ; — réservés, 610 ; — meubles ou immeubles, **1340** ; — sans maître, 1328, **1677** ; division des —, **1320**.
Bigamie, 709, 805.
Billets de chemin de fer, 1839.
Bois taillis, 1909.
Bonne foi — Fruits, 1405 ; mariage, 860 ; possession, 1404 ; usucapion, 1764.
Bornage, 1437 ; usufruit, 1906.
Brevet, 1529.
Budget, de la tutelle, 439.
Butin pris sur l'ennemi, 1687.

Cadastre, 1440.
Caisses d'épargne, 605.
Capacité, **303** ; V. *Mineur*, *interdit*, *femme mariée* ; — de jouissance ou d'exercice, 303 ; — et pouvoir, 305 ; — délictuelle, 319, 605 ; — des personnes morales, 669 ; — d'ester en justice, tutelle, **417**, 418, 432 ; mineur émancipé, 329 ; femme mariée, 606, 644, 645 ; — de reconnaître un enfant naturel, 1198.
Capitaux, 432, 1330.
Carrières, 1483, 1897.
Caution, 1877.
Célébration du mariage, **773**.
Cession de l'usufruit, 1904.
Charges de la jouissance légale. **1111** ; — de l'usufruit, pour le nu propriétair , 1889, pour l'usufruitier, 1910.
Chasse, 1678, 1963, 1970.
Chose jugée, v. *Autorité*.
Choses, consomptibles ou non, 1324 ; — fongibles ou non, 1325.
Clandestinité, du mariage, 807, 825, 831 ; — de la possession, 1416, 1420 ; — des servitudes, 1974.
Clauses, d'inaliénabilité, **1835** ; — de remploi, 1851.
Clôture, 1442 ; — forcée, 1444 ; — mitoyenne, **1797**.
Code civil, **31** ; révision, 45 ; colonies, 46 ; Alsace et Lorraine, 47 ; à l'étranger, 49.
Codes étrangers, **51**.
Codes français, 34.
Codes mineurs, 34 *bis*.
Commencement de preuve par écrit, 1209.
Compétence, divorce, 930 ; obligation alimentaire, 1161, 1246.
Complainte, 1403.
Compromis, tutelle, 429.
Compte de tutelle, **454**.
Concession sur le domaine public, 1546.
Conciliation, divorce, 933.
Concubinage, 1117, 1180, 1220.
Condamnation, du mari, 620 ; — d'un époux, 915, 921.
Condition, **109** ; — casuelle, potestative, mixte, 109.
Confirmation, **147** ; femme mariée, 641 ; mariage, 822, 846, 848.
Conjoints — Obligation alimentaire, 1141.
Confusion, 2020.
Conseil de famille, **385** ; interdit, 535 ; bien de famille, 1541.
Conseil judiciaire, **565**, 586, 706.
Conseiller de tutelle, 399.
Consentement des parents au mariage, **724** ; vices du —, 833.
Consensualité, 133.
Consolidation, 1945.
Constructions, distance, 1489; usufruit, 1925 ; — sur le sol d'autrui, **1662**, 1674.
Contestation d'état, **1028** ; — d'une reconnaissance, 1199 ; — d'une légitimité, 1295.
Convention — Liberté, 137 ; relativité, **155** ; effet translatif, **1688** ; — verbale, transcription, 1727.
Conversion, des titres au porteur en titres nominatifs, 438 ; des titres nominatifs en titres au porteur, 412, 425, 499 ; — de la séparation de corps en divorce, **1002**.
Copropriété, **1780** ; sans indivision, 1811.
Copropriétaire, **1780**.

Correction, 404, **1094**.
Correspondance de la femme mariée, 879.
Cotutelle, 370.
Cour de cassation, **87**.
Cours d'eau, **1456**.
Coutume, **16**, **96**, 97, 99, 101.
Coutumes, 22.
Cumul du possessoire et du pétitoire, **1428**.
Curatelle du mineur émancipé, 482 ; — légitime, 485 ; — dative, 486 ; fonctionnement, **488**.
Curateur, 487 ; rôle du —, 487 ; responsabilité du —, 489 ; intervention du —, 491 ; de l'interné, 564 ; — au ventre, 362, 398.

Décès, actes de l'état civil, V. *Acte de décès*, *Déclaration*.
Décès de l'usufruitier, 1932 ; — de l'usager, 1962.
Déchéance de la puissance paternelle, 758, **1115**, 1308 ; — de l'usufruit, 1941.
Déchéances, divorce, **965** ; séparation de corps, **993**.
Déclarants, 261.
Déclarations de naissance, 265 ; — de décès, 197, 274.
Décrets, 60 ; publication, 72.
Décrets-Lois, 62.
Degré de parenté, 680.
Déguerpissement, 1337, 1913.
Délai, de viduité, 711, 791 ; — pour le désaveu, 1063 ; — pour la recherche de la paternité naturelle, 1228 ; — pour la transcription, 1715 ; — pour la prescription, 1575, 1768.
Délégation judiciaire de la puissance paternelle, 1087.
Délégué, enfants naturels, 513 *bis*.
Délits, capacité, 319, 605.
Démence, v. *Aliénation mentale*, *Folie*.
Dénonciation de nouvel œuvre, 1403.
Dépens, 1008.
Dépôt d'un acte au rang des minutes d'un notaire, 1714.
Désaveu, de paternité, 1043 ; procédure du —, 1058.
Descente sur les lieux, 173.
Destination du père de famille, **1997**. de l'auteur, 1528 ; — de reprise.
Détention, 1395, 1414, 1421.
Détériorations, 1611.
Dette alimentaire, v. *Obligation alimentaire*.
Devoirs des époux, **867** ; cohabitation, 868 ; fidélité, 873 ; secours, 876 ; assistance, 877.
Discontinuité dans la possession, 1417, 1420.
Disparition de personnes, absence, 194 ; jugements déclaratifs de décès, 296.
Dispenses, pour le mariage, 708, 718, 721 ; — de publication, 751 ; — d'inventaire, usufruit, 1881 ; — de fournir caution, 1882.
Dissentiment pour autorisation à mariage, 729, 730, 732, 735 *bis*, 772.
Division des biens, **1320**.
Divorce, **904** ; abus du —, 723 ; fraude, 936 ; preuves, **939** ; jugement, **942** ; voies de recours, **943** ; publicité, **947** ; transcription, **950** ; enfants, 959, **977** ; déchéances, **965** ; obligation alimentaire, 1144, 1155, 1162, 1173.
Doctrine, **89**, 94.
Dol, 127, 833 *bis*.
Domaine aérien, 1445, 1482 ; — congéable, 1827 ; — privé, public, 1543.
Domicile, **223** ; changement de —, 235 ; — apparent, 237 ; — élu, 241 ; — de la tutelle, 390.
Donation, tutelle, 414 ; curatelle, 596 ; interdit, 550 ; femme mariée, 605, 610.
Don manuel, 1775.
Droit (objectif), **1** ; — canonique, 27 ; — civil, 15 ; — civil à l'étranger, 51 ; — intermédiaire, 30 ; — naturel, 4 ; — privé, public, 10 ; sources du —, **56**.
Droit (prérogative), de correction, 880, 902, **1094** ; — de chasse, 1678,

1963, 1970 ; — de pêche, 1678, 1963, 1970 ; — de garde, de surveillance, 1091 ; — de jouissance légale des parents, 902, 1870 ; — de présentation, 1521 ; — moral de l'auteur, 1528; — de reprise, 1903 *bis* ; — de rétention, 1614, 1668, 1880 ; de superficie, 1447, 1512, **1823** ; — de préférence, de suite, 107, 1337.

Droits, en général, **102** ; — acquis, 78 ; absolus, 105, 161 ; — réels ou personnels, 106, **1332** ; — attachés à la personne, 927 ; — d'auteur, 1523 ; — d'inventeur, 1523 ; — de clientèle, 1527 ; — conditionnels, 108, 1595 ; — à terme, 108, 1595 ; classification des —, **103** ; hiérarchie des —, 116 ; — éventuels, **113**, 1596 ; — purs et simples, 108, — légaux, 118 ; — patrimoniaux ou non, 104 ; — personnels, réels, 106, **1332** ; relativité des —, 161.

Droits fiscaux — Transcription, 1723 ; propriété sous condition, 1820, 1821.

Eaux, 1451.

Economie politique, 7.

Education, 1092.

Effet relatif de la chose jugée, 222, 855, **1312**.

Emancipation, **323** ; — tacite, 324 ; — expresse, 325 ; révocation, 336 ; — des enfants naturels, 115 ; — après divorce des parents, 982.

Empêchements au mariage, **700, 786** ; — absolus, **701** ; — relatifs, **713** ; — prohibitifs, **790** ; — dirimants, **790**.

Emphytéose, 1671, **1947**.

Empiétement sur le terrain d'autrui, 1674.

Emprunt, tutelle, 422.

Enclave, 1980.

Enfants — Incapacité, 313 ; — adoptifs, 1290 ; — conçus, 1868 ; — naturels, leur condition juridique, **1242** ; leur adoption, 1302, 1303 ; reconnus pendant le mariage, **1250** ; acte de naissance, 250 ; mariage, 732, 734 *ter*, 748 ; — adultérins, 865, 1193, 1203, **1258** ; — incestueux, *ibidem* ; — légitimes, **1263** ; — nés de parents divorcés, 959, **977** ; conçus avant le mariage, 1039, 1045 ; — conçus après la dissolution du mariage, 1040 ; — au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, 1041, 1047, 1049, 1286 ; — après la séparation de corps, 1047.

En fait de meubles, la possession vaut titre, 1615.

Enlèvement, 1220.

Entretien, de l'enfant, 1093.

Envoi en possession, provisoire, 201, 1413 ; définitif, 202.

Epaves, 1682.

Equivoque, 1418.

Etat (des personnes), **243** ; jugements y relatifs, 222, 855, **1312**.

Etat (acte notarié), usufruit, 1878.

Etats de situation, tutelle, 442.

Erreur, 127 ; mariage, 835, **860** ; acquisition des fruits, 1408 ; usucapion, 1764 ; erreur de droit ou de fait, 1408, 1766.

Excès, 917.

Expectatives, 78, 114.

Expertise, 173.

Expropriation pour cause d'utilité publique, 1358, 1433, **1478**, 1776 ; usufruit, 1936; emphytéose, 1954; usage, 1691 ; servitudes, 2021.

Faculté (acte de pure), 1995.

Faibles d'esprit, 566.

Faillite, 1745.

Famille, **674** ; — légitime, **689** ; — naturelle, **1775** ; — adoptive, **1296** ; bien de —, 1248 *bis*, **1539**.

Femme mariée, commerçante, 609 ; — exerçant une profession, 160, 623, 629 ; — séparée de biens, 608 ; — séparée de corps, 612 ; — séparée de fait, 613 ; incapacité, **591**, 929, 1012 ; suspension de la prescription, 1589.

Fiançailles, 742.

Filiation, légitime, **1013**, preuve, **1014** ; — légitime maternelle,

preuve, **1018** ; — légitime paternelle, **1036** ; — naturelle, **1184** ; maternité, **1205** ; paternité, **1215**.
Fins de non-recevoir, recherche paternité naturelle, 1229.
Folie, du mari, 619 ; mariage, 702 ; 801, 808 *bis* ; divorce, 924. — V. *Aliénation mentale.*
Fondations, 191.
Fonds de commerce, 1369, 1519.
Force publique, 869, 1091.
Force majeure, 1593.
Formes, des actes juridiques, 133 ; — du mariage, 741, 779.
Four, 1963.
Fraude, prodigue, 590 ; divorce, 936 ; séparation de corps, 989 ; adoption, 1304 ; transcription, 1724.
Fruits, possesseur de bonne foi, **1405**, 1450 ; usufruitier, 1900 ; revendication, 1610 ; propriété sous condition résolutoire, 1820 ; usager, 1960 ; fruits civils, 1410 ; usufruitier, 1900 ; fruits en nature, possesseur de bonne foi, 1409 ; usufruitier, 1899.

Garde des enfants, divorce, 959, 978 ; séparation de corps, 989, 995 ; séparation de fait, puissance paternelle, **1091**.
Gouvernement de la personne du mineur, **401**.
Grossesse, 824, 1088, 1182.

Habitation (droit d'), 1963.
Habitation à bon marché, 968, 978, 993, 1538, 1785, 1793.
Haute futaie, usufruit, 1909.
Haute-tutelle, 350 ; — des enfants naturels, 511.
Héritage, 1969, 1970.
Homestead, v. *Bien de famille.*
Homologation, conseil de famille, **396** ; — de l'acte d'adoption, 1305.
Houille blanche, 1460.
Hypothèque légale, 451, 478, 514 ; 517, 518, 529, 562, 578.

Ignorance du droit, 73, 1594.
Immobilisation par destination, **1350**.
Impenses, 1612, 1673 ; usufruit, 1926.
Immeubles, tutelle, 423 ; — distingués des meubles, **1340** ; — par nature, 1348 ; — par destination, **1350** ; — par l'objet auquel ils s'appliquent, **1361** ; par détermination de la loi, 1363.
Impossibilité de cohabitation, 1051, 1229.
Impuberté, 707, 806, 824.
Impuissance, 1230.
Inaliénabilité, 1835.
Incapacités, 303 ; — de jouissance, d'exercice, 303 ; — à raison de l'âge, **309** ; à raison de l'état d'esprit, **519** ; — de l'interdit, **540**, 927 ; — de l'interné, **558**, 927 ; — du faible d'esprit, **571**, 927 ; — des femmes mariées, **591**, 929, 1012 ; — d'être tuteur, **376** ; membre d'un conseil de famille, 389.
Inceste, 804.
Incompétence de l'officier de l'état civil, 808, 825, 831.
Inconduite, 1229.
Indigents, mariage, 772 *bis*.
Indignité, 1108.
Indivision, 1780 ; — forcée, **1794**, 1832.
Inexistence, 139 ; — du mariage, 789, **794**, 798, 860.
Injure grave, 918.
Insaisissabilité, 1788.
Intérêt légitime, 1844.
Interdit légal, mariage, 704, divorce, 927, désaveu, 1060.
Interdit judiciaire, incapacité, 540 ; tutelle, **548** ; mariage, 703 ; désaveu, 1060 ; prescription, 1588.
Interdiction judiciaire, 528 ; procédure, 535 ; jugement, 536 ; publicité, 537 ; effets, 539, 1308 ; actes antérieurs, 546 ; main-levée, 552 ; mariage, 703.
Interné, incapacité, 558 ; prescription, 1588.
Internement, 554 ; mariage, 705.
Interprètes du Code civil, 91.
Interruption de la prescription, **1578**.
Interversion du titre, 1399.

Inventaire, des biens du pupille, 438 ; usufruit, 1877.

Jonction des possessions, **1597**, 1770.
Jouissance légale, 1103, 1244 ; divorce, 981, 1106.
Jours, 1490.
Juge de paix, tutelle, 395.
Jugements, déclaratifs de décès, 197, 298 ; transcription, 1731 ; mention en marge, 1732, 1735 ; autorité absolue ou relative, nom des personnes, 222 ; état civil, 288, 295, 297, 298, 299, 301 ; état des personnes, 1312.
Jurisprudence, 80, 90.
Justes motifs, adoption, 1304 ; reconnaissance, 1192. — V. *Motif légitime.*
Juste titre, 1408, **1760.**

Lais, v. *Alluvion.*
Légitimation, 1263 ; — de plein droit, 1039, 1271 ; — par mariage subséquent, **1272** ; — *post nuptias*, **1279**, 1290 ; — des enfants adultérins ou incestueux, **1283** ; mariage putatif, 865.
Legs, tutelle, 415.
Lésion, 127.
Lettres missives, en général, **1532** ; divorce, 939.
Liberté de conscience, 880.
Limitations du droit de propriété, **1472.**
Lits des cours d'eau, 1457, 1658.
Loi, 16 ; confection, 66 ; promulgation, 68 ; publication, 69 ; date, 71 ; recueils, **74** ; effets, **75** ; abrogation, 76 ; non-rétroactivité, 77 ; interprétation, **84** ; — constitutionnelle, 58 ; — ordinaire, 59.
Loi (mode d'acquérir), **1777.**

Maisons divisées par étages, 1828.
Majorité, 311.
Mandat, reconnaissance, 1197 ; — domestique, **603 *bis*,** 1012.
Mandataire, *ad litem*, 564.
Mariage, 690 ; empêchements, 700 ; autorisation, 724 ; promesse de —, 740 ; publication, **747**, 791, 807 ; oppositions, 752, 791 ; — civil et religieux, 775 ; — des indigents, 772 *bis* ; — d'un militaire, 791 ; — à l'étranger, 751 *bis*, 782, 886 ; — à la mairie, à domicile, 777 ; célébration, 773 ; formes, 779 ; notification, 725, 746 ; acte de —, 781 ; nullités, **786** ; — inexistant, 789, 794, 798 ; — putatif, **358**, 901 ; preuve du —, **882** ; dissolulution du —, **901.**
Marques de fabrique, 1531.
Maternité, preuve, 1018.
Mention en marge, adoption, 1306 ; légitimation, 1281 ; transcription, 1732, 1733, 1820.
Mesures provisoires, divorce, 955 ; séparation de corps.
Meubles, 1340 ; — par nature, 1366 ; par détermination de la loi, 1367 ; par anticipation, 1379 ; — perdus, 1636 ; — volés, 1636 ; — tutelle, 411, 423, 432 ; administration légale, 476 ; curatelle, 497 ; conversion, 412 ; en fait de — la possession vaut titre, **1627.**
Mines, 1359, 1449, 1483, 1512, 1956 ; usufruit, 1897.
Minières, 1483 ; usufruit, 1897.
Mineur, 311 ; enfant, 313 ; — doué de discernement, 315 ; capacité délictuelle, 319 ; incapacité contractuelle, 320 ; — émancipé, **323** ; personne du —, **401** ; prescription, 1588.
Minorité du mari, 619.
Mitoyenneté, 1797 ; 1804.
Mobiles, 390 ; 603 *bis* ; 738 ; 840 ; 879 ; 1095 ; 1178 ; 1192 ; 1383.
Modalités, 108 ; propriété, 1778, 1822, 1835.
Modes d'acquérir la propriété, **1647.**
Morale, 3.
Mort civile, 193.
Motif légitime, 390, 431, 603 *bis* ; 738 ; 879 ; 1085 ; 1095 ; obligation alimentaire, 1151, 1192 ; adoption, 1304.
Mur mitoyen, **1797.**
Mutation en douane, 1755.

Mutation par décès, transcription, 1730 et s.

Nationalité de la femme, 880.
Navigation aérienne, 1446, 1482, 1977.
Navires, 1627, 1755.
Noblesse, 1534.
Noces (secondes), 902 — V. *Remariage*.
Nom, **206**, 1535 ; — de famille, 210 ; changement de —, 212 ; relèvement du —, 214 ; nature, 217 ; protection, 217.
Non-présence, 195 ; — du mari, 618, 1051 ; — usucapion, 1768.
Non-représentation d'enfants, divorce, 980 *bis* ; séparation de corps, 995 ; en général, 1091.
Non-usage, **1510** ; usufruit, 1938 ; servitudes, 2016.
Non-rétroactivité des lois, **70**, **77** ; 1219.
Notification du projet de mariage, 725, 746.
Nullités, **139** ; délibérations du conseil de famille, 391 ; femme mariée non autorisée, **637** ; reconnaissance, 1199 ; mariage, **786**, **794** ; — de droit, 829 ; absolues, 803 ; — relatives, 832 ; effets des —, **852** ; clauses d'inaliénabilité, 1847 ; transcription en matière de divorce, 953 ; adoption, 1310.

Objets classés, 1839.
Obligation alimentaire, **1137** ; — entre alliés, 686, 1148 ; entre conjoints, 1141 ; entre parents, 1147 ; famille naturelle, 1246, 1255, 1262 ; époux séparés de corps, 1142 ; séparés de fait, 1012, 1143 ; divorcés, 1144.
Obligations de voisinage, **1484**, 1504 ; maisons divisées par étages, 1832.
Occupation, **1676**.
Offices ministériels, 1520.
Offices des pupilles de la nation, 399, 379, 451.
Officiers de l'état civil, **258**, 808.
Opposition au mariage, **752**, 791.
Ordonnances royales, 25, 29.
Ordre public, 81.
Ouvertures, 1490.

Partage, **tutelle**, **419** ; curatelle, 490
Parenté, 679 ; degrés de —, 680 ; effets, 682 ; — légitime, **1013** ; effets, **1072** ; — naturelle, effets, **1239** ; empêchements au mariage, 715, 792.
Parents. Consentement au mariage, 729 ; obligation alimentaire, **1147**.
Partage, transcription, 1729 ; usucapion, 1761.
Passage en cas d'enclave, 1980.
Paternité, preuve, **1030** ; conflit de paternités, 1042 ; désaveu de —, **1043**.
Patrimoine, 646.
Pays de coutume, 22, — de droit écrit, 22.
Pêche, 1678, 1963.
Pension alimentaire, v. *Obligation alimentaire*.
Pension de retraite, enfant naturel, 1247 *bis*.
Pépinière, immeuble, 1348 ; usufruit, 1909.
Perpétuité, de la propriété, 1507 ; des servitudes, 1970, 1971, 2013.
Personnalité, **181** ; durée de la —, 182 ; commencement de la —, 183 ; fin de la —, 192 ; attributs de la —, 205 ; — morale, **187**, **656**, 1377.
Personnes, **181** ; — morales, **187**, **656** ; 667, 669.
Perte de la chose, usufruit, 1935, servitudes, 2021.
Pièces, pour le mariage, 771.
Plan du traité, 180.
Placement de l'enfant mineur dans une maison d'éducation, 404, **1094**.
Placements, tutelle, 433 ; — des capitaux, des revenus, 439 ; curatelle, 495, 499.
Plantations, distances, 1488 ; sur le sol d'autrui, **1662**.
Possession, **1390** ; ses avantages, **1401** ; — précaire, 1395, 1414, 1421, 1574, 1629 ; — de bonne

foi, 1404, 1629, **1663** ; — *ad usucapionem*, 1401, 1574, 1629 ; — vicieuse, 1414, 1574 ; — de mauvaise foi, **1663** ; des servitudes, 1994, 2008 ; — des meubles, **1618** ; — vaut titre, **1618** ; acquisition de la —, **1423** ; perte, **1425.**

Possession d'état, d'époux, 825, **889** ; — d'enfant légitime, 894, **1020** ; — en matière de filiation naturelle, **1234** ; — d'enfant commun, 1280.

Pourvoi en cassation, 87 ; divorce, 945 ; séparation de corps, 989 et 990.

Pouvoir et capacité, 305.

Pouvoir constituant, 58 ; — législatif, 59 ; — réglementaire, 60.

Pouvoirs du tuteur, **406** ; du père administrateur légal, 476 ; — du tribunal qui donne l'homologation, 397.

Préférence, v. *Droit.*

Preneur (ouvrages effectués par un), 1669.

Prénom, 211.

Prescription, tutelle, 463 ; femme mariée, 642 ; mariage, 822, 828, 847, 851 ; actions d'état, 1032 ; eaux de source, 1455 ; plantation, 1488 ; jours et vues, 1494 ; — de trente ans, **1565** ; — de dix à vingt ans, **1576** ; — entre époux, 1591 ; revendication mobilière, 1636, 1640, 1646 ; mitoyenneté, 1808 ; usufruit, 1869, 1938, 1939 ; servitudes, 1991, 2016 ; passage en cas d'enclave, 1984.

Présomption de paternité, **1036.**

Présomptions, légales, 169 ; de l'homme, 178 ; filiation, 1026 ; de durée de la grossesse, 1038, 1182 ; de mitoyenneté, 1809 ; — de la bonne foi, 1412, 1631, 1766 ; — de propriété, 1402, **1632** ; de possession à titre de propriétaire, 1397.

Preuve, 166 ; écrite, 174 ; — testimoniale, 177 ; présomptions légales, 169 ; de l'homme, 178 ; aveu, 179 ; serment, 179 ; fardeau de la —, 168 ; — des actes de l'état civil, **245** ; — du décès ou de la disparition des parents ou ascendants, 735, 736, 772 ; — du mariage, **882** ; — en matière de divorce, 939 ; — de la filiation légitime, **1018** ; — de la filiation naturelle, **1184, 1207** ; — de l'accouchement, **1208** ; — de la propriété, **1552**, 1558, 1615 ; — de la mitoyenneté, **1808** ; — la fin de l'usufruit, **1923** ; servitudes, 1997.

Procédure, du mariage, **739** ; — du divorce, **925** ; — de la séparation de corps, **989** ; — de la conversion de la séparation en divorce, 1005 ; — du désaveu, **1058** ; — de la recherche de la paternité naturelle, **1221** ; — criminelle, preuve du mariage, 879.

Prodigue, 584.

Produits, 1405 ; 1450 ; revendication, 1610.

Promesse de mariage, 742.

Promulgation, 68.

Propriétaire, sous condition résolutoire, 1670.

Propriété, 1386 ; — artistique et littéraire, 1523 ; — temporaire, 1512 ; — apparente, 1547 ; — conditionnelle, **1814** ; — sous condition suspensive, 1816 ; sous condition résolutoire, 1817 ; — annulable, 1821 ; — rescindable, 1821 ; petite —, 1537 ; — incorporelle, 1369, **1513, 1518** ; — commerciale, 1519, 1535.

Protection, possessoire, 1388, 1557 ; — de la propriété, **1552.**

Protuteur, 370.

Provision alimentaire, divorce, 960 ; séparation de corps, 989 ; conversion, 1008.

Publication, des lois, 60 ; de mariage, **747**, 791, 807.

Publicité, mariage, 779, 807 ; divorce, 947 ; séparation de corps, 989 ; réconciliation après séparation, 1001 ; légitimation, 1281 ; adoption, 1306 ; immobilisation par destination, 1355 ; aliénations im-

mobilières, **1701** ; aliénations mobilières, **1753**.
Puissance, maritale, **878** ; — paternelle, **1075** ; sur les enfants naturels, **1243** ; déchéance, 518, **1115** ; restitution, 1134 ; transfert, 1136 ; délégation judiciaire, 1087 ; abus, 738, 1095, 1120 ; parents séparés de fait, 1012.
Pupilles de la Nation, 264, 379, 399, 451, 1299 ; — de l'Assistance publique, 485, 516, 733.

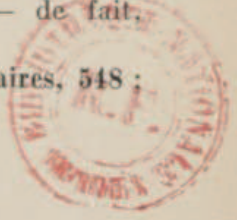
Quasi-usufruit, 1863, 1919.

Recel de la naissance, 1052.
Réception d'un capital, tutelle, 432 ; curatelle, 495.
Recherches en justice de la filiation légitime, 1027 ; — de la filiation naturelle, **1202** ; — de la paternité naturelle, **1215**.
Réclamation d'état, 1028.
Réconciliation, divorce, 937 ; séparation, 999.
Reconnaissance des enfants naturels, **1186** ; — forcée, **1202** ; — implicite, 1190 *bis*.
Recours, contre les décisions du conseil de famille, 393 ; divorce, 943 ; séparation de corps, 990.
Rectification des actes de l'état civil, **284**, 1287.
Recueils de lois, 74 ; de jurisprudence, 88.
Redevance minière, 1359, 1483.
Réduction des engagements du mineur émancipé, **331**.
Refus du consentement des parents au mariage, 737.
Régime dotal, 608.
Registres de l'état civil, **247**, **257** ; publicité, 254 ; tenue, 263 ; force probante, **276** ; — de transcription, 1711 ; des dépôts, 1712.
Règlement du compte de tutelle, **454**, 495 ; — de copropriété, 1830 ; — à l'expiration de l'usufruit, **1918**.
Réintégrande, 1402, 1419, 1421, 1906.
Relais, 1656.
Relèvement du nom, 214.
Remariage, 902 ; de la tutrice, 363, 377 ; droit de correction, 1095.
Remembrement, 1441.
Remploi, 1851.
Renonciation, à des droits, 1337 ; — à la prescription, 1605 ; — à l'usufruit, 1937 ; transcription de la —, 1727, 1731.
Rentes, 1371.
Réparations d'entretien, tutelle, 432 ; usufruit, 1911 ; grosses —, tutelle, 432 ; curatelle, 495 ; usufruit, 1890, 1911, 1927.
Répertoire bibliographiques, 95 *bis*.
Représentation du mineur émancipé, 342.
Représentation, en général, 156.
Reprise des lieux loués, 1903 *bis*.
Réquisition, 1479.
Res communes, 1328 ; 1677.
Res derelictæ, 1679.
Res nullius, 1328 ; 1678.
Rescision pour cause de lésion, 330.
Résidence, 223, 228 ; divorce, 956.
Résolution, usufruit, 1940.
Restitution de la puissance paternelle, 1134.
Restrictions au droit de propriété, 1472.
Rétention, 1614, 1668, 1880.
Rétroactivité du divorce, 953, 964 ; de la prescription, 1602 ; 1773 ; de la condition, 111, 1815.
Revenus, 1330.
Revendication, 1553 ; — des immeubles, **1556** ; ses résultats, **1609** ; — des meubles, 1615.
Révocation, de l'émancipation, 336 ; de l'adoption, 1311.
Revues, 95.
Risques, 1505.
Riveraineté, 1459.
Rivières, 1457.

Saisie-arrêt, entre époux, 1162.
Sanctions, des obligations du tuteur, 444 ; — des règles d'habilitation du mineur émancipé, 501 ; des conditions du mariage, **783**.

Secret, professionnel, 1879 ; — des lettres missives, 1533.
Séduction, 1220, 1261.
Séparation de biens, 608.
Séparation de corps, capacité, 612, **984** ; causes, **987** ; procédure, 989 ; fraude, 989 ; effets, 991 ; déchéances, **993** ; fin, 997 ; conversion en divorce, **1002** ; obligation alimentaire, 1142, 1156, 1162.
Séparation de fait, 613, **1010** ; puissance paternelle, 1086 ; obligation alimentaire, 1143.
Séparation des patrimoines, 1745.
Sépultures, 1794, 1957.
Servitudes, **1964** ; positives ou négatives, 1974 ; continues ou discontinues, 1974, 1994, 2000 ; apparentes ou non apparentes, 1974, 1994, 1999 ; légales, **1976** ; établies par le fait de l'homme, **1985** ; par titre, 1986 ; — dans l'intérêt de la navigation aérienne, 1446, 1482, 1977 ; — relatives au régime des eaux, **1461** ; servitude d'appui, 1464 ; — d'aqueduc, 1465 ; — d'écoulement des eaux drainées, 1466 ; — de voisinage, 1486 ; usufruitier, 1909.
Sévices, 917.
Sexe (identité de), 799.
Sociétés, 188.
Solidarité, tutelle, 372.
Sources, **1454**.
Spécialité, des personnes morales, 673.
Statues, 1357.
Stipulation pour autrui, 159.
Subrogation réelle, 651 ; usufruit, 1936.
Subrogé tuteur, 379 ; rôle et fonctions, 380 ; nomination, 382, 437 ; responsabilité, 449.
Succession, tutelle, 413.
Succursales, domicile, 241.
Suite, v. *Droit*.
Superficie, 1447, 1512, **1823**.
Surnoms, 208.
Sursis, divorce, 937.
Surface, 1481.
Surveillance des enfants, **1021** ; 1129 *bis*.
Suspension de la prescription, 1577, **1586**.

Témoins, 262.
Terme, **109**, 1696, 1934.
Testament, 1774.
Tiers, **1736**.
Titre juste, **1760** ; — putatif, 1761 ; — non transcrit, 1762 ; usufruit, 1866 ; — servitudes, 1986.
Titres au porteur, 1628, **1642**.
Titre de noblesse, 208, 1534.
Tombeaux, 1794, 1957.
Torts, divorce, 941, 1142, 1144.
Tourbières, 1483.
Tradition, mode d'acquérir, 1692, 1775 ; — feinte, 1692.
Traités de droit civil, 92.
Transaction, tutelle, 427 ; administration légale, 476.
Transcription, jugement de divorce, **950** ; jugement de conversion, 1008 ; jugement d'homologation d'adoption, 1306 ; bien de famille, 1540 ; — des actes translatifs de propriété, **1701** ; usufruit, 1868 ; usage, 1962 ; servitudes, 1990 ; résolution du titre, 1820.
Transfert, de la puissance paternelle, 1136 ; — de la propriété par les conventions, **1688** ; *inter partes*, **1691** ; à l'égard des tiers, **1698**.
Travaux préparatoires, 32.
Tréfonds, **1448**, 1483.
Trésor, 1655, **1680**.
Tribunal civil départemental, 396, 51.
Tuteur, **358**, — *ad hoc*, 369, 398 ; pluralité de tuteurs, **368** ; incapacités, 376, 982 ; exclusion et destitution, 377 *bis* ; excuses, 378 ; fonctions, **400** ; autorité, 401 ; pouvoirs, **407** ; obligations, 436 ; responsabilité, 436 ; destitution, 445 ; actes interdits au —, **428** ; compte du —, **454** ; — de fait, **465**.
Tutelle des interdits judiciaires, **548** ;



différences avec tutelle des mineurs, 550 ; divorce, 927.
Tutelle de l'interdit légal, 927.
Tutelle des mineurs, 346 ; ouverture, 353 ; — légale du survivant, 360 ; — des ascendants, 366 ; — testamentaire, 365 ; — dative, 367 ; — en cas de divorce des parents, 982 ; — des enfants naturels, **506** ; des pupilles, de l'Assistance publique, 516 ; haute tutelle, 350 ; gratuité de la —, 378 *bis* ; domicile de la —, 390 ; fonctionnement, **400** ; budget, 439 ; cessation, 452 ; tutelle de fait, 465 ; provisoire, 467.

Union libre, 507, 1177.
Universalité juridique, 649.
Usage, 1960.
Usucapion trentenaire, **1565** ; — de dix à vingt ans, **1756** ; mitoyenneté, 1804 ; usufruit, 1939 ; servitude, 1996.
Usufruit, 1856 ; évaluation, 1859 ; constitution, 1861 ; à titre particulier, 1864 ; à titre universel, 1864, 1914 ; transcription, 1868 ; — légal, 1870 ; usufruits successifs, 1933 ; — du conjoint survivant, 902 ; jouissance légale, 1110.
Usufruitier, 1671.

Vente des meubles du mineur, 440.
Vices du consentement, 126 ; mariage, 833.
Viduité (délai de), 711, 791.
Viol, 1220.
Violence, 127, 834 ; dans la possession, 1415, 1420.
Vocation successorale, enfant naturel, 1247 ; enfant adoptif, 1308.
Voies de recours, conseil de famille, 393 ; divorce, 943 ; séparation de corps, 990.
Voisinage, 1484.
Volonté unilatérale, 129.
Vues, 1490.

Imp. G. Thone, Liège (Belgique)



BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01067289 9